حقوق عمال المقاول الثانوي
(دراسة مقارنة)

م.د. صبا نعمان رشيد الويسي
كلية القانون – جامعة بغداد

الملخص

يرمي القانون إلى تنظيم الروابط التي تنشأ في المجتمع، فإنه يضمن توازن علاقات العمل باعتماده وسائل غير معتادة لحماية حقوق عمال المقاول الثانوي، فانطباق الوصف القانوني على طرفي علاقة العمل وتعلق هذا العقد بعقد آخر هو عقد مقاولة ثانوي يرتب حقوقاً لعمال المقاول الثانوي المتمثلة بالأجر واشتراكات الضمان الاجتماعي وتعويضات المخاطر المهنية، فقد أوجد المشرع وسيلة استثنائية لكي يطالب العمال بحقوقهم المالية من صاحب العمل (المقاول الثانوي) أو بالرجوع على كل من المقاول الأصيل أو صاحب المشروع (رب العمل) عن طريق الدعوى المباشرة.

ABSTRACT

The end of law is to organize the links are issuing in society to equilibrium of relationship at work depending on unusual means that will protect the rights of labours who are employed by secondary Entrepreneur. Whenever the legal description suite sides of work relation which are put into another contract as it's in the secondary Entrepreneur, in the case labours have the right from this Entrepreneur represent by the wage, social security payments & compensation of work risk, the enterprise has found an exceptional way to enable the worker to demand his financial rights from the employer secondary Entrepreneur or suing the Entrepreneur or the employer (how have the enterprise) by the direct action.

المبحث الأول

عقد العمل

يعد العقد المصدر الرئيس لعلاقة العمل بين العامل وصاحب العمل وهو كذلك منذ الثورة الفرنسية لسيادة مبدأ الحرية الفردية كأساس لعلاقات العمل[١]، وصولاً إلى القرن الماضي حيث بدأ مبدأ سلطات الإرادة في الاضمحلال مع ازدياد تدخل الدولة للتخفيف من بؤس العمال عن طريق إصدار تشريعات أدت إلى نقل "العلاقة الرضائية" إلى نطاق [الإجبار القانوني الآمر][٢]، فعقد العمل «هو عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً[٣]»، فهذه العلاقة قد تختلط بعقد آخر هو المقاولة والذي له محور في بحثنا، لها طرفان العامل وصاحب العمل.

---

[١] «اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص بأن يضع نشاطه تحت تصرف شخص آخر وتربطه في هذا المجال علاقة تبعية مقابل أمر».

كاميرلنك وليون كان، الوجيز في قانون العمل، دالوز – باريس، ١٩٧٠، ص١١٧.

CAMERL YNCK (G.H) ET LYON – CAEN (G), Manuel de droit du Travail, Dalloz, Paris, 1976, P117.

[٢] د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد يحيى مطر، قانون العمل، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص٤٩.

[٣] مادة (٩٠٠ – ١) قانون مدني عراقي، وقد عرفه قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بالمادة (٢٩) منه (اتفاق بين العامل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل تبعاً لتوجيهه وإدارته، ويلتزم فيه صاحب العمل بأداء الأجر المتفق عليه).

في حين عرفه عقد العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ بالمادة (١٢/٢) بأنه «اتفاق شفهي أو كتاب صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محددة أو غير محددة أو لعمل معين أو غير معين».

ومادة (٣١) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ (العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر).

المطلب الأول

أطراف العلاقة العقدية

الفرع الأول

العامل

يعد العامل الطرف الأول في العلاقة العقدية القائمة على أساس أداء عمل معين أو قابل للتعيين، وهذا الإنسان الآدمي ذكراً كان أم أنثى[٤]، قد يؤدي عمله بشكل منفرد أو يؤدي عملاً معد جزءاً مكملاً من عمل جماعة المشروع، قد ترتفع كفاءته في أدائه للعمل وتختلط بأقدميته في الخدمة فيعد من الكوادر المتقدمة للعمل[٥]. وقد ينخفض كلا الشرطين المتقدمين ليصبح عضواً في أسفل تدرج هيكلية العمل، إلا أنه أياً كان موقعه فيفترض توافر شروط معينة اتفقت عليها التشريعات المقارنة والدراسات الفقهية ناهيك عن تمييز فئات خاصة من العمال.

أولاً: وصف العامل قانوناً

بغض النظر عن احتراف العامل لما يؤديه وسواء كان دائمياً أو عرضياً، فقد أدرجت التشريعات شروطاً لانطباق وصف عامل على الشخص مؤدي العمل ويتمثل في الآتي[٦]:

---

[٤] د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦، ص٣٥.

[٥] د. محمد جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص١٤.

[٦] مادة (٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ «كل من يؤدي عملاً لقاء أجر، ويكون تابعاً في عمله لإدارة وتوجيه صاحب العمل».

- مادة (١) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ «كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته وتوجيهه».

- مادة (٦/٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ «كل شخص ذكراً كان أم أنثى يؤدي عملاً ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت أمرته ويشمل ذلك الأحداث وإن كان قيد التجربة أو التأهيل».

١. **أدائه للعمل**

ويتطلب توافر وصف عامل قيام الشخص بمجهود إرادي سواء أكان فكرياً أم جسدياً، وسيان كان مجاله زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو خدمياً، هذا وقد يتفق العامل ابتداءً مع صاحب العمل على أن يكون أداءه لعمل معين وقد لا يتفق عليه صراحة وإنما يفهم ضمنياً من ظروف وملابسات الحال كتشغيل عامل ذي خبرة في مجال الحاسبات في ورشة لتصليح هذا النوع من الأجهزة الحديثة ودون النص صراحة على إدراجه في فئة المصلحين[٧]، ووفقاً لما تقدم لا يقبل من العامل سوى الأداء الشخصي للعمل المتفق عليه وفق عناية الشخص المعتاد[٨].

٢. **التبعية في الأداء**

يقتضي أن يكون هذا المجهود الإداري – الإنساني تحت إشراف أو توجيه صاحب العمل[٩]، أي بمركز تابع له فيخضع لأوامره وتوجيهه بأدق تفاصيل العمل فتكون تبعيته لصاحب العمل فنية حتى لو كان صاحب العمل متخصصاً بشؤون العمل[١٠]، وقد تقتصر أوامر صاحب العمل على الشؤون الخارجية للعمل لتحديد أيام وأوقات العمل والإجازات[١١]، إلا أنه في كل الأحوال تثبت له تبعاً لما تقدم سلطة التأديب للأجير[١٢]، فيتعرض العامل للجزاءات في حال الإهمال

---

[٧] د. همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٢٥١.

[٨] يعد "العمل" محلاً للعقد فيفترض به أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد وأن لا يكون مستحيلاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة أو للقانون، أنظر نص المادتين (١٢٧) و(١٣) قانون مدني عراقي.

[٩] د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٧، ٣٢٧ وما بعدها.

[١٠] د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٤،ص١٢٢.

[١١] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، بغداد، ١٩٨٩، ص٢٢٧.

[١٢] د. محمود سلامة جبر، الوسيط في عقد العمل الفردي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، البحرين، ١٩٩٩، ص٨٤.

والتقصير[١٣]، وبرتبط التبعية القانونية بتبعية العامل الاقتصادية لصاحب العمل برصده عمله على خدمة صاحب العمل أولاً واعتماده في معيشته على أجره باعتباره المصدر الوحيد أو الرئيس له ولعائلته[١٤]، والتبعية الاقتصادية بذاتها غير كافية كمعيار لعده عاملاً.

٣. <u>أداء العمل بأجر</u>

حيث يلتزم صاحب العمل بدفع أجر العامل كمقابل لأدائه للعمل ويكفي في ذلك مجرد إبداء العامل استعداده للأداء وإن لم يؤده[١٥]، فإذا اتفق الطرفان مؤدي العمل والطرف الآخر المستفيد منه على عدم دفع الأجر، خرج هذا الأداء من وصف العمل المأجور ليدخل ضمن دائرة بعيدة عنه وهي عقود التفضيل فلا يكون المؤدي عاملاً ولا تنطبق عليه الحماية المقررة في التشريعات[١٦].

ثانياً: فئات خاصة من العمال

قد تضم الجماعة البشرية القائمة بأداء العمل فئات لا تزال في أسفل سلم التدرج في العمل، وهذه الفئات وإن كانت ترتبط بعقود خاصة قد لا تخضع بكليتها لأحكام القواعد العامة بقدر خضوعها لقواعد قانون العمل، إلا أنها تشترك مع بقية فئات العمال بأدائها للعمل تحت إشراف وتوجيه صاحب العمل.

أولاً: الصبيات تحت التمرين

---

[١٣] د. هشام علي صادق، دروس في قانون العمل اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢، ص١٤٨.

[١٤] د. يوسف إلياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، بغداد، مطابع التعليم العالي، ١٩٨٨ – ١٩٨٩.

[١٥] مادة (٣٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

و مادة (٣٦) قانون العمل رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١.

[١٦] د. يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٨٠، ص٦٧.

Cass. Soc, 13. Guin. 1989, T.C.P. ed. GII, 20473, note, BIZIERE (P)2.

وهم في العادة أحداث يحصلون على معلومات نظرية وعملية عند صاحب عمل بموجب عقد تعليم مهنة[١٧]، سواء كان في مجال الصناعة أو التجارة أو الزراعة أو في مهنة أخرى[١٨]، ويكون ذلك نظير التزام الصبي تحت التمرين بالعمل بموافقة وليه بعده قاصراً وفق شروط تدرج في عقد محدد المدة بهدف ممارسة هذه المهنة مستقبلاً، وعقد تعليمه مهنة ليس بعقد عمل وإن اشترك معه في أداء المتعلم للعمل ولذلك في الغالب يخضع لأحكام عرف المهنة[١٩]، عدا عن خضوعه لأحكام قانون العمل فيما يتعلق بساعات العمل وأيامه والحدود القصوى لكل منهما، وهذا العقد لابد أن يكون مأجوراً طبقاً لكون الصبي تحت التمرين يقوم بأداء عمل أثناء تعلمه ويستفيد منه بالتأكيد صاحب العمل[٢٠]، وهو غالباً ما يتفق عليه الطرفان أو من يمثلهما عند إبرام العقد على أن لا يقل عن الحد الأدنى للأجور[٢١].

ثانياً: المتدربون مهنياً

---

[١٧] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص٥٠.

[١٨] مادة (٩٢٦) قانون مدني عراقي (١. عقد تعليم المهنة، هو أن يتعهد رب مؤسسة صناعية أو تجارية أو زراعية أو صانع بأن يخرج أو يعمل على تخريج شخص في مهنة مقابل التزام هذا الشخص نفسه أو وليه بأن يشتغل لحساب رب العمل على شروط ولمدة يتفق عليها. ٢. وتخضع شروط صحة العقد وأحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها، كما تسري النصوص القانونية لعقد العمل على عقد تعليم المهنة بالقدر الذي لا يتعارض مع غرض المهنة).

[١٩] مادة ١٤١ قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. يلاحظ اتجاه المشرع الفرنسي إلى اعتباره عقد عمل من نوع مخصوص أنظر المادة (١/١١٧) أشار إليها كاميرلنك وليون كان، الوجيز، مصدر سابق، فقرة ٧٦.

[٢٠] د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص٨٠.

[٢١] مادة (١٤٢) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، ويلاحظ أن القانون الفرنسي ينص على أن يتقاضى الصبي تحت التمرين أجراً يتراوح بين (١٥ – ٧٠%) من الحد الأدنى للأجر وبشكل متدرج حتى نهاية العقد، كاميرلنك وج. ليون كان، ف٧٧.

– وانظر قرار مصري رقم ١٧ بتاريخ ١٩٨٢/١/٦، وقائع مصرية عدد ٣٦ في ١٩٨٢/٢/١٣ (من الطبيعي أن يكون أجر العامل زهيداً بحيث يحمل معنى التشجيع أكثر مما يحمل معنى المقابل ثم يبدأ في الزيادة التدريجية).

وهم المتعاقدون مع جهة معينة خاصة كانت أو عامة بغية ممارسة ما تلقوه مسبقاً من تعليم نظري في مراحل دراسية مختلفة (اعداديات أم معاهد فنية أم كليات)[٢٢]، أي بوضع النظريات موضع التطبيق والممارسة قبيل تحملهم مسؤولية العمل الفعلي[٢٣]، ويرتبط الطرفان بعقد شكلي مكتوب يتضمن مراحل التدريب ومددها وما يترتب للمتدرب من حقوق والتزامات[٢٤]، وعقد التدريب هذا ليس بعقد عمل حيث أن التزام المتدرب الرئيس هو تعلم المهنة عملياً ولكنه يُنشئ التزامات فرعية تتمثل في أداء المتدرب تحت إشراف وتوجيه الجهة التي تتولى التدريب مع التزامها بدفع أجر متفق عليه مسبقاً[٢٥] أو يحال تحديده لجهات إدارية معينة[٢٦].

ثالثاً: العمال قيد الاختبار

---

[٢٢] د. يوسف إلياس، الوجيز، مصدر سابق، ص١٥٢.

[٢٣] د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الإسكندرية، ١٩٧١، ص٩٥.

[٢٤] مادة (٢٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

وانظر المواد (٣٦ – ٣٨) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

– يلاحظ أن قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ وبموجب المادة (١٤١) وما بعدها يتولى تنظيم عقد التدريب أو عقد تعلم المهنة، فهو لا يميز بين كلا العقدين بل يعدهما عقداً واحداً، أنظر بذلك د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم ٢٠٠٣/١٢، المنصورة، ٢٠٠٤، ص١١٤ – ١٢٢.

[٢٥] د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، ١٩٧٩، ص٢٤٢.

[٢٦] كاللجان التي يتولى وزير القوى العاملة المصري تشكيلها بموجب القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨١، أنظر بذلك د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص١٠٨، وكما تنص المادة (٣٤) قانون (١٢) لسنة ٢٠٠٣ حيث يتولى تحديد الحد الأدنى للأجر المجلس القومي الأعلى للأجور.

قد يفضل صاحب العمل وضع المتقدمين للعمل عنده موضع التجربة للتأكد من مهارتهم وخبرتهم إنجاز العمل المطلوب[٢٧]، أو حتى لمدى ملائمة وتناسب الأجر المقدر لهم مع ما يقدمونه وفق ظروف العمل لديه[٢٨]، وهذا العقد عقد عمل لا يختلف عن عقد العمل الاعتيادي إلا بكونه غير لازم واختباراً للعمال[٢٩]، ولذلك يتفق الطرفان على كتابة العقد وتحديد مدته وبشروطه[٣٠]، فإذا تحقق لصاحب العمل أن العامل ليس كفوء زال التزامه لتحقق الشرط الفاسخ[٣١]، وبخلافه فإن العقد يصبح لازماً أي عقد عمل عادي ويكفي في ذلك سكوت صاحب العمل[٣٢].

الفرع الثاني

صاحب العمل (المقاول الثانوي)

يُنشئ عقد العمل حقوقاً متبادلة يلتزم بتنفيذها صاحب العمل أو الطرف الثاني في علاقة العمل كمقابل لأداء العامل لالتزامه، وفي إطار بحثنا يقتضي الأمر

---

[٢٧] مادة (٣١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٣٥/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٣٣) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، وانظر في ذلك كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرات ١٢٧ وما بعدها.

– وانظر القرار العراقي ٢٢٥/عليا ثانية/١٩٧٣ (لا يجوز وضع العامل قيد الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب عمل واحد)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ١٢٥.

– والقرار ٢٤٥/عليا ثانية/١٩٧٣ (توصية الرئيس المباشر بحق العامل المعين على سبيل التجربة أقوى دلالة على صحة تقدير حقيقة سلوكه لتماسه المباشر)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص١٢٣.

[٢٨] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٧٦.

[٢٩] القاهرة الابتدائية، ١/ديسمبر، ١٩٥٦، مدونة الفكهاني. وانظر حول الطبيعة القانونية لعقد العمل قيد الاختبار كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ١٢٨ وما بعدها.

[٣٠] د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩، ص١٢٤.

[٣١] (ويكون بذلك محكوماً بوجوب تجربة قدرات العامل والحكم عليها لا لعدوله عن إنشاء الوظيفة) نقض فرنسي ٢٣ مارس ١٩٧٢، دالوز، ١٩٧٢، قضاء، ص٤٦٨.

[٣٢] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص٢٤٦.

تبيان وصفه القانوني بعده طرفاً في عقد العمل من جهة ومن ثم تبيان علاقته القانونية إزاء أطراف عقد آخر ألا وهو (عقد المقاولة).

أولاً: وصف صاحب العمل قانوناً

حيث يستتبع أو يوصف قانوناً بذلك كل من يشغّل لديه عاملاً أو أكثر لعمل معين في نظير أداءه الأجر[٣٣]، ويكون بذلك العمال تحت أمرته وتوجيهه سواء أصدر أوامره إليهم مشافهة وبشكل منفرد[٣٤]، أم ظهرت سلطته عليهم وبشكل جماعي ومكتوب على أن يعلقها في لوحة إعلانات موقع العمل، وموجهاً إياهم في فنيات وأصول العمل أم يترك ذلك لمن يتولى عنه إدارة هذا الجانب مكتفياً بالإطار الخارجي[٣٥]، حيث يثبت له حق التبعية وإن لم يكن محترفاً أو هادفاً إلى كسب الربح أو راغباً في العمل إلا لفترة محددة[٣٦]، وخلافاً للعامل فقد يكون صاحب العمل شخصاً معنوياً كالشركة كما يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً[٣٧]، وقد تكون هذه

---

[٣٣] مادة (٤/٢) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ «كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم بأي صفة كانت شخص أو أكثر مقابل أجر» مادة (٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ « كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر».

– مادة (١/ت) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ «كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر».

[٣٤] رقم الإضبارة ٣٣/عمل/١٩٩٨، الهيئة المدنية الثالثة، قرار عراقي غير منشور.

[٣٥] كتركة الإدارة الفنية للهياكل المتقدمة من العمال أو نوابه من المختصين في المشروع. د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٢.

[٣٦] تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة) – مكتب العمل العربي، ١٩٩٣، ص٤٧، والقرار المصري (تسري أحكام قانون العمل على عقود العمل سواء كان أصحاب العمل يتخذون هذه الأعمال مهنة لهم أم لا) طعن رقم ٧٢٨ السنة ٤٥ ق – الهواري، ج٣، ص٣.

– وانظر في القرار العراقي ١٠/هيئة عامة/١٩٧٣ «... إذا كان العمل قد عهد به إلى مقاول لأن أعمال المقاولين بطبيعتها هي أعمال مؤقتة»قضاء محكمة العمل العليا المجلد الثالث، ١٩٧٤، بغداد، سنة الطبع ١٩٧٩، ص١٠٢.

[٣٧] د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص١٢١.

الشركة لديها شركة أخرى تابعة تؤدي جزئية من العمل حتى يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً ويحال أو جزء من عمل كبير في إطار «عقد فرعي»[٣٨]، وبذلك تختلط المعطيات الاقتصادية والقانونية في هذا الافتراض حول تسمية أياً منهما بـ «صاحب العمل»، وقد اتجه الفقه المقارن والقضاء إلى وجوب تتبع الجهة التي لها السلطة الحقيقية في الإدارة والإشراف والتأديب على العمال[٣٩].

ثانياً: علاقة صاحب العمل (المقاول الثانوي) مع أطراف عقد المقاولة

قد يتولى شخص ما طبيعياً كان أم اعتبارياً إنجاز عمل وبموجب عقد مقاولة، وهو العقد الذي عرفه التشريع بأنه «عقد به يتعهد أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر»[٤٠]، والأصل أن يتولى هنا الطرف الثاني (المقاول) بنفسه مع عماله إنجاز العمل الموكل إليهم[٤١]، إلا أن التطورات الاقتصادية التي يشهدها المجتمع وتشعبات العمل الفني والتخصص الدقيق في الأداء دفع إلى أن يتعاقد المقاول الذي أحيل إليه عقد المقاولة مع شخص آخر لإنجاز جزء من العمل الكلي بموجب عقد آخر هو «عقد المقاولة الثانوي»[٤٢]، فيعد كذلك كل الاختصاصيين وأصحاب الحرف والتجار والمنفذين لأي عمل أو المدهزين

---

[٣٨] بإحالة مرحلة من مراحل إنجاز العمل إلى مقاول ثانوي (مقاول المقاول).

[٣٩] د. حمدي عبد الرحمن ومحمد يحيى مطر، مصدر سابق، ص١٠٨ – ١٠٩، وانظر في القرار الفرنسي اجتماعي فرنسي ١٦ مايو سنة ١٩٦٢ ذكره كاميرلنك، عقد العمل، دالوز، ١٩٦٨، فقرة ٥١.

Camerlunck (G.H) Traite' de droit du travail, dallo 2, 1968, N51.

[٤٠] مادة (٨٦٤) قانون مدني عراقي، وتعرف المادة (٧٨٠) قانون مدني عراقي «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر». مادة (٦٤٦) قانون مدني مصري «هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

[٤١] د. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاولة، مجلة العلوم القانونية، العدد، الجزء الثاني، السنة ١٩٩٤، ص٢٠٧.

[٤٢] مادة (٤) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الحديثة ويلاحظ أنه يطلق عليه بمقاول من الباطن أو المقاول الفرعي أحياناً.

لأي بضائع بموجب مستندات عقد المقاولة[٤٣]، وطبقاً لما تقدم اقتضى الأمر أن نحدد علاقة المقاول الثانوي بكل من المقاول الأصلي وصاحب المشروع (رب العمل).

١. **علاقة المقاول الثانوي بالمقاول الأصلي**

إن الرابطة العقدية المباشرة بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي بموجب عقد (المقاولة الثانوي) تجعل من الأول (رب عمل) بالنسبة للثاني[٤٤]، إلا أن المقاول الثانوي يعمل وبشكل مستقل عن المقاول الأصلي فلا يعد تابعاً له[٤٥]، ورغم كون عملية التعاقد هذه تنطوي على تنازل المقاول الأصلي عن حقه في إنجاز العمل الذي أنيط به إلى المقاول الثانوي، إلا أن الأخير يستطيع أن يحصل على استشهاد من (الطرف الأول – رب العمل) في المقاولة الأصلية يتضمن الصفة التي نفذ بها العمل لكل منهما[٤٦]، وبخلاف ذلك يلتزم المقاول الثانوي بأن ينجز العمل المناط به ضمن المدة المقدرة أو المدة المعقولة إذا لم تحدد مسبقاً، وفق الشروط المحددة في عقد المقاولة الثانوي مع مراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة[٤٧]، فإذا احتاج المقاول الثانوي إلى أيدي عاملة وأدوات وجب أن يأتي بها وعلى

---

[٤٣] مادة (٦/ف أول) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية.

– ويلاحظ أن المقاول الثانوي قد يحيل جزء من المقاولة إلى مقاول أجر فيصبح هو بمثابة مقاول أصلي والمقاول الآخر هو مقاول ثانوي أما بالنسبة للعلاقة فيما بينهما فيصبح المقاول الثانوي الأول رب العمل للمقاول الثانوي الثاني وهذا الأخير يعد مقاولاً أصلياً.

– د. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠، ص٢٤–٢٥.

[٤٤] د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص٥٧.

[٤٥] ولاحظ انقطاع الرابطة بين عمال المقاول الثانوي والمقاول الأصلي لكونهم تابعين قانوناً للمقاول الثانوي فقط.

[٤٦] (أي يلتم بإنجاز العمل وتسليمه والضمان الخاص) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص٦٠.

[٤٧] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، ١٩٦٤، ص٧٦–٧٧.

نفقته[٤٨]، فإذا أخل المقاول الثانوي بشروط وعرف الصفة أو المواصفات المتفق عليها جاز للمقاول الأصلي القيام بإنذاره بوجوب تصحيح عمله فإذا لم يقم المقاول الثانوي بذلك يحيل رب العمل الأمر إلى القضاء ويطلب إما الفسخ أو إحالة المقاولة إلى مقاول آخر مع احتفاظه بحق المطالبة بالتعويض[٤٩].

٢. <u>علاقة المقاول الثانوي مع صاحب المشروع (رب العمل – الطرف الأول في عقد المقاولة)</u>

لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب المشروع والطرف الأول في عقد المقاولة الأصلية، وبين المقاول الثانوي لعدم وجود عقد يربط بينهما[٥٠]، فالمقاول الثانوي ليس طرفاً في عقد المقاولة الأصلية[٥١]، وتبعاً لذلك ليس لصاحب المشروع (رب العمل) الرجوع عليه لمطالبته بأداء التزامه مباشرة[٥٢]، ولكن يستطيع مطالبة المقاول الثانوي عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم مدينه المقاول الأصلي، بعد أن يثبت أن مدينه لم يستعمل حقه وأن إهماله يسبب إعساره أو زيادة في إعساره[٥٣] وكذا الحال بالنسبة للمقاول الثانوي إزاء صاحب المشروع (رب العمل).

المطلب الثاني

---

[٤٨] د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، مصر – ١٩٦٥، ص٩٣، فقرة ٧٥.

[٤٩] مادة (٨٦٩) قانون مدني عراقي.

– وانظر بذلك د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابت بعد إنجاز العمل وتسليمه (دراسة مقارنة)، بغداد – ١٩٨٥، ٢٣٥.

[٥٠] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٢٢، وإذا كانت العلاقة العقدية قد انقطعت مع المقاول الثانوي فبالتأكيد فهي منقطعة مع تابعيه من العمال.

[٥١] «والحكم يكون كذلك حتى لو تم التعاقد من الباطن بموجب الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ... التي تتطلب الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل أو المهندس قبل تعاقده من الباطن مع المقاول الثانوي ... لا تجعل رب العمل طرفاً في عقد المقاول الثانوي».

د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص٨٣.

[٥٢] يلاحظ أنه وفقاً للمادة (٨٨٢) قانون مدني عراقي يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول الثانوي تجاه رب العمل.

[٥٣] مادة (٢٦١) قانون مدني عراقي.

تمييز عقد العمل عن عقد المقاولة

إن ورود عقدي العمل والمقاولة على محل واحد وهو إنجاز عمل في مقابل مبلغ من المال يجعل من الصعوبة أحياناً التفريق بين كلا العقدين[٥٤]، كما أسلفنا فقد يحيل صاحب المشروع أو الشركة كل العمل أو جزئية منه إلى مقاول، حيث تصبح المسألة أكثر دقة عند وجود مقاولة ثانوية فيقترب بها مركز بعض صغار المقاولين الثانويين من العمال[٥٥]، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى وبفرضية إعسار المقاول الثانوي وحاجة العمال لتتبع حقوقهم[٥٦].

الفرع الأول

المعايير المقترحة للتمييز

جرت عدة محاولات لوضع معيار للتمييز بين العقدين فطرح الفقهاء عدداً منها:

المعيار الأول

إن العامل يضع جهده في خدمة صاحب العمل، بتمكين صاحب العمل من قوة العمل ذاتها، بينما ينصرف المقاول إلى تقديم ناتج العمل[٥٧]، فيتطابق هذا المعيار مع تقسيم الالتزامات إلى التزام ببذل عناية للعامل بينما يكون التزام المقاول بتحقيق غاية[٥٨]، إلا أن هذا المعيار يصعب استخدامه في حالة أن يكون إنتاج العامل على أساس القطعة ويدفع أجره وفقاً لذلك فهو هنا لا ينقلب إلى مقاول[٥٩]،

---

[٥٤] د. نوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، منظمة العمل العربية – مكتب العمل، ١٩٩٨، ص٢٤.

[٥٥] استئناف القاهرة ١٩٥٣/٦/١٨ مجلة المحاماة المصرية، العدد ٣٤، ص٢٠٣.

[٥٦] تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، مصدر سابق، ٥٢.

[٥٧] د. شاب توما منصور، مصدر سابق، ص٣٣٠.

[٥٨] د. محمد لبيب شنب، قانون العمل، مصدر سابق، ص٦٢.

[٥٩] د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد عيسى مطر، مصدر سابق، ص٦٣.

كما أن الطبيب في عيادته لا ينقلب إلى مقاول حيث لا يتعدى التزامه ببذل عناية فلا تتغير رابطته بالمريض إلى علاقة عمل[٦٠].

المعيار الثاني

ويقوم هذا المعيار على أساس قيام العامل بنفسه بأداء عمل، حيث أن شخصيته محل اعتبار عند التعاقد ووفاته تؤدي إلى انقضاء العقد[٦١]، بينما يستعين المقاول بعمال لتنضيد العمل، إلا أن هذا المعيار يصعب الاستناد إليه في حالة المقاول الذي يعمل بنفسه دون الاستعانة بعمال آخرين.

المعيار الثالث

المقاول إنما يوجه إيجابه إلى الجمهور كافة، بينما إيجاب العامل غالباً ما يوجه إلى صاحب عمل واحد أو أصحاب عمل معينين[٦٢]، ويلاحظ أن هذا المعيار يترك في حالة أن يكون العامل موجهاً إيجابه للكافة كحالة العمال في السوق[٦٣].

المعيار الرابع

وقيل كمعيار للتفرقة أن أجرة المقاولة إنما تكون على الإنتاج بينما يتحدد الأجر في عقد العمل على أساس الزمن المستغرق في الأداء، وهذا المعيار قد يسمح لصاحب العمل التهرب من تطبيق أحكام قانون العمل[٦٤].

المعيار الخامس

وقد استقر الفقه والقضاء المقارن على معيار أخير هو معيار تبعية العامل القانونية لصاحب العمل عند أداء العمل[٦٥]، كمقابل حرية المقاول في إنجاز العمل دون الرقابة والتوجيه من قبل رب العمل[٦٦].

---

[٦٠] استئناف الإسكندرية، ١٩٥٦/١/١٠، الفكهاني، جزء أول، رقم ٧٩.

[٦١] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص٢٥٨.

[٦٢] د. همام محمد محمود، مرجع سابق، ص٥٦.

[٦٣] وكحالة المقاول الثانوي الذي يوجه إيجابه لشخص واحد وهو مقاول مباني.

– د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص٤٦.

[٦٤] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٩٦.

[٦٥] نقض فرنسي ١٩٣٣/٧/٢٣، دالوز ١٩٣٣-١-١٤٥. و ١/ديسمبر/١٩٧٦، دالوز، ١٩٧٧، ص٦.

- وانظر كاميرلنك، عقد العمل، مصدر سابق، فقرة ٣١.

- وانظر القرار المصري القاعدة (٨)، المبدأ (١١) (المناط في تكييف عقد العمل تمييزه عن غيره من العقود هو توافر عنصر التبعية القانونية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف وتوجيه رب العمل ورقابته ويكفي لتحققها ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية) الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨١/٢/٨، عصمت الهواري، الجزع الرابع، قرارات النقض من ١٩٧٩ حتى ١٩٨١، ص٧.

- وانظر د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، دار الهنا للطباعة، مصر، ١٩٨٥، ص(١٢-١٦).

- وانظر في القرار العراقي الهيئة القضائية الثالثة رقم الإضبارة ٦٤/عليا/١٩٧٢، بتاريخ ١٩٧٢/٣/٢٢ (التبعية القانونية هي المعيار الذي يميز عقد العمل عن غيره من العقود. ٢. المقاول لا يخضع لأحكام قانون العمل) قضاء محكمة العمل العليا، المجلد الأول.

- وانظر د. يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، ص٧٠.

- وانظر القرار الأردني «إن عمل المميز في تنظيم الأعمال المحاسبية للمميز ضدهم غير معتبر بدوام معين وليس لرب العمل أي إشراف عليه، فإن هذا يجعل من العقد المبرم بينه وبينهم عقد مقاولة ..». قرار رقم ١٩٩٥/٦٠٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٢٣٩.

- وانظر د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، ص٧٤.

- وانظر القرار الفرنسي نقض اجتماعي ١٩٥٩/٣/١٦، مجلة القانون الاجتماعي ١٩٥٩، ٥٤١.

[٦٦] يرى بعض الفقهاء أن معيار التبعية القانونية لا يكفي لسريان قانون العمل، حيث أن لرب العمل اشتراط الرقابة على المقاول عند الأداء أو مراعاة زيادة الاحتياط، كما أنه في أحيان كثيرة لا يقوم صاحب العمل باستخدام سلطته على العامل للتوجيه والإشراف حيث يترك ليعمل دون رقابة.

- د. جلال العدوى، قانون العمل، مصر، ١٩٦٨، ص٤٢.

الفرع الثاني
أهمية التمييز

للتمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة أهمية خاصة تعود بميزات خاصة تراعى فيها مصلحة العامل بعده طرفاً ضعيفاً في علاقة غير متوازنة القوة، وتتمثل بالآتي:

أولاً: النظام القانوني لأجر العامل

حيث يحيطه المشرع بحماية خاصة لكونه مصدر دخل العامل الوحيد، ولذلك فقد تميز نظام الأجر القانوني بعدة سمات منها:

١. حماية أجر العامل

أ. إزاء صاحب العمل بفرض القوانين الخاصة بالعمل ومواعيد وأماكن محددة للدفع وبموجب العملة والوطنية في أغلب الأحوال لوقاية العامل من الخسارة عند استبدال العملة الأجنبية[٦٧].

ب. إزاء دائني العامل، حيث لا يمكن الاستقطاع من الأجر غلا بموجب أحكام قضائية وبنسب محددة.

جـ. إزاء دائني صاحب العمل، حيث يمنح أجر العامل مرتبة الامتياز على بقية الديون.

٢. تقادم أجر العامل لمدة معينة، بحيث لا يسقط حقه بالمطالبة به إلا بانقضائها[٦٨].

٣. لعمال المقاول الثانوي مطالبة المقاول الأصلي أو صاحب المشروع (رب العمل) بما في ذمتهم لمدينتهم عن طريق الدعوى المباشرة[٦٩].

---

[٦٧] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص٣٩٨-٣٠١.

[٦٨] د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص٧٢.

[٦٩] سعد حسين الحلبوسي، الدعوى المباشرة دراسة مقارنة في القانون العراقي والفرنسي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية صدام للحقوق – جامعة صدام لنيل درجة الماجستير، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤. لا يجوز أن يقل أجر العامل عن الحد الأدنى للأجور والذي تحدده الدولة عن طريق الجهات الإدارية المختصة[٧٠]، في حين يتراضى المقاول ورب العمل على أجرة المقاولة أو دون تدخل من قبل الدولة[٧١].

ثانياً: تبعة الهلاك

لا يقع على العامل تبعة هلاك ما يتم تسليمه إليه من مواد أولية ومنتوج فيستحق أجره رغم ذلك، إلا إذا ثبت أن العامل قد تسبب بالهلاك بخطأ نشأت عنه خسارة لصاحب العمل[٧٢]، أما المقاول فإنه يفقد حقه في بدل العمل إذا ثبت أن الهلاك بقوة قاهرة[٧٣]، أما إذا ثبت أن الهلاك بخطئه فإنه يلزم بالتعويض[٧٤].

ثالثاً: المسؤولية تجاه الغير

وفقاً لتحقيق التبعية القانونية، فإن صاحب العمل يكون مسؤولاً إزاء الغير عن الضرر الذي يحدثه العامل[٧٥]، بينما لا يكون المقاول تابعاً لصاحب المشروع (رب العمل) فلا يلزم بتحمله نتائج أعماله بل يسأل المقاول عنها شخصياً[٧٦].

---

[٧٠] تطبيقاً لمبدأ (الطابع الإنساني لأجر العامل).

– يوسف إلياس، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات، منظمة العمل العربية – مكتب العمل العربي، سلسلة البحوث والدراسات، العدد (١٤)، ١٩٩٧، ص٥١، وانظر الاتفاقية العربية رقم (٦) لسنة ١٩٧٦ بشأن مستويات العمل العربية (معدلة).

[٧١] «في حال تحقيق خسارة للمقاول فإنه يتحمل المألوفة منها وما زاد عن ذلك يقسم بين طرفي العقد المقاول ورب العمل» قرار عراقي رقم ١٦٤٩/م/أولي/١٩٩٤، مجلة القضاء – الأعداد ١، ٢، ٣، ٤ لعام ١٩٩٦، السنة ٥١، ص٢٢.

[٧٢] أحمد شوقي ومحمد عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، مصر، ١٩٧٩، ص٣.

[٧٣] مادة (١٢٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٤٩) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، ومادة (٦٩) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

[٧٤] مادة (٥٦٥) قانون مدني مصري، ومادة (٨٨٧) قانون مدني عراقي ومادة (٧٨٣) و(٧٩٢) و(٨٠٢) مدني أردني.

[٧٥] مادة (١/١٧٤) مدني مصري، ومادة (٢٨٨) مدني أردني، ومادة (٢١٨) مدني عراقي.

رابعاً: تطبيق قانوني العمل والضمان الاجتماعي

تكييف العقد المبرم بين الطرفين على أساس أنه عقد عمل وليس عقد مقاولة ينتج عنه تطبيق أحكام قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي والأنظمة والتعليمات الملحقة لتسهيل تنفيذ القانون، بعدها القواعد الخاصة للتطبيق على علاقة العمل، فينتج عن ذلك ما يأتي:

١. سريان أحكام القواعد القانونية الخاصة بتنظيم أوقات العمل[٧٧]، كتحديد ساعات العمل والساعات الإضافية، ومنع فئات خاصة (كالأحداث والنساء) من العمل ببعض الأعمال والأوقات كساعات العمل الليلي.

٢. فرض قوانين العمل والضمان الاجتماعي أحكام السلامة العامة في مواقع العمل، وتحميل صاحب العمل مسؤولية حماية عماله عن طريق توفير معدات السلامة وبدلات وواقيات العمل والأنظمة التي تبين مخاطر العمل[٧٨].

٣. تختلف أحكام انتهاء عقد المقاولة عن أحكام عقد العمل، بموجب قيام صاحب العمل بإنذار العامل قبل إنهاء عقده وإبطال الفصل التعسفي وإعادته للعمل، ناهيك عن حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة[٧٩].

---

[٧٦] مادة ٧٨٦ مدني أردني، مادة ٧٨٠ مدني عراقي ومادة ٦٥١ مدني مصري، وانظر بذلك د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول – مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٤٩٨.

[٧٧] د. فتحي عبد الصبور، مصدر سابق، ص٦١٠.

القرار العراقي ٩١/عليا/١٩٧٣ (المقاول الثانوي غير مشمول بقانون العمل)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص١٦٥.

[٧٨] د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص٥٥.

وانظر أحكام قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ وقانون الضمان الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المصري، ومادة (١/١/٧٨) قانون العمل الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٩٦.

[٧٩] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٩٥، ود. حسن كيرة، مصدر سابق، ص١٦٤.

المبحث الثاني

حقوق عمال المقاول الثانوي

تنشأ لعمال المقاول من الباطن عدد من الحقوق ناتجة عن عقد العمل الذي يربط العمال مع صاحب العمل أو من جراء تطبيق قانوني العمل والضمان الاجتماعي، بشكل طبيعي ومستمر أو بشكل مؤقت نتيجة الالتزام بعقد المقاولة[٨٠]، إلا أن تركيزنا في البحث هنا سيكون على الحقوق المالية الناشئة عن كل من العقد والقانون سالفي الذكر لضعف مركز العامل اقتصادياً.

المطلب الأول

أجور العمال

الأجر أهم الحقوق الناشئة للعامل عن علاقة العمل والتي يترتب بذمة صاحب العمل، ولذلك اقتضى الأمر تبيان بعض عناصره وجوانبه الأساسية.

وانظر القرار العراقي الهيئة القضائية الثالثة رقم الاضبارة ٥٥٩/عليا/١٩٧٣ (إن محاكم العمل غير مختصة بالنظر في دعاوى المقاولين الخاصة بإنهاء عقد المقاولة دون إنذار). قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص١٦٧ وما بعدها.

[٨٠] يلتزم المقاول سواء كان أصلياً أم ثانوياً بالتسوية بين عماله وعمال المقاول الأصلي وعمال مقاول رب العمل طيلة فترة المقاولة خاصة إذا كانوا في منطقة واحدة بمنحهم نفس الحقوق والامتيازات الممنوحة لمن هم بكفاءتهم وخبرتهم من عمال الموقع الأصليين، أنظر بذلك مادة (٥٧) قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١.

– وانظر الطعن رقم ٥٠/٣٧٥ ق – ١٩٨١/٦/٢١، هواري، الجزء ٤، ص٧٤.

– وانظر الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٤٧ ق – ١٩٨٢/١١/١٤ (يقصد بالأجر أساساً كل ما يدخل في ذمة العامل مقابل العمل الذي يؤديه تنفيذاً لعقد العمل)، الهواري، ج٥، ص٣٥.

الفرع الأول
ماهية الأجر

أولاً: التعريف بالأجر

الأجر أو ثمن العمل هو (المال الذي يلتزم صاحب العمل بدفعه إلى العامل مقابل أدائه للعمل)[٨١]، ولذلك عرفه المشرع العراقي في المادة الحادية والأربعين من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بأنه «كل ما يستحق للعامل على صاحب العمل الذي يستخدمه من مال، أياً كانت طريقة حسابه، لقاء عمله»[٨٢].

ثانياً: أنواع الأجر

لم تعد صورة الأجر الخرافي الذي يدفعه صاحب العمل من وجود والذي هو عبارة عن مبلغ معين من المال فقط[٨٣]، حيث يتفق الطرفان غالباً على أن تلحقه امتيازات عينية أو مخصصات نقدية (كحصة من الأرباح، أو البدل، أو المخصصات، أو الوهبة أو الحلوان، أو المكافأة)[٨٤]، تنتفي عنها صفة التبرع أو كونها من متطلبات طبيعة العمل كمعدات السلامة المهنية ومواد العمل الأولية أو

---

[٨١] ميلو، معرفة الأجور، القانون الاجتماعي، ١٩٦٩، ص٣٥.

- MILHAU (j), L I'ndexation des Salaires Sur le cout de lavie, Droit Socil, Juillet – aout, 1964, P35.

[٨٢] وعرفه المشرع الأردني بالمادة (١٣١٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ بأن «كل ما يستحقه العامل لقاء عمله نقداً أو عيناً مضافاً إليه سائر الاستحقاقات الأخرى أياً كان نوعها إذا دخل القانون أو عقد العمل أو النظام الداخلي أو استقر التعامل على دفعها باستثناء الأجور المستحقة عن العمل الإضافة».

[٨٣] د. محمود الهمشري، عنصر الأجر في عقد العمل – معهد الإدارة العامة – إدارة البحوث والاستثمارات – الرياض ١٣٩٨هـ، ص١١

[٨٤] د. عدنان العابد، أجر العامل في قانون العمل والضمان، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني، بغداد، ١٩٧٨، ص١٤٠. وانظر القرار العراقي رقم ١٦٩/عليا ثانية/١٩٧٣ (يعتبر السرفس من ملحقات الأجر) محكمة العمل العليا، مصدر/مجلد ثاني/ ص١٠٦.

مصاريف تولى دفعها العامل في نظير استحصالها مستقبلاً[٨٥]، وتبعاً لذلك تلحق الحماية القانونية التي يقررها المشرع لأجر العامل ملحقات الأجر[٨٦].

ثالثاً تحديد الأجر

قد يغفل طرفا علاقة العمل الاتفاق على الأجر في حين تنصرف إرادتهما إلى دفعه، ولذلك يؤخذ عند تحديده بعد المباشرة بالعقد إلى أجر الأعمال المشابهة والتي تحتاج إلى ذات الخبرة والكفاءة (أجر المثل)[٨٧]، فإن لم تكن هناك أعمال مماثلة تم الركون إلى عرف المهنة التي ينتمي إليها العامل[٨٨]. وبخلاف ذلك تحل قضائياً وفقاً لمقتضيات العدالة.

رابعاً: حساب الأجر

حيث يتم حساب أجر العامل وفق إحدى الطرق الثلاث الآتية:

١. حساب الأجر بالزمن حيث يتحدد على أساس الحيز الزمني الذي يستغرقه الإنتاج، فيحدد أجر لكل وحدة زمنية مدفوعة[٨٩]، وهذا لا يرتبط بمواعيد دفع الأجور والتي قد تكون يومية، أو أسبوعية، أو شهرية.

٢. حساب الأجر بالقطعة فيدفع للعامل بقدر ما ينتجه لا على أساس الزمن، ليزداد أجر العامل وينخفض بقدر ما ينتج[٩٠].

---

[٨٥] د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، مصدر سابق، ص٥٣٢.

[٨٦] د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ٣٩٥.

– أنظر القرار المصري الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٥ «يشمل الأمر كل ما يستحقه العامل في مقابل أداء العمل أياً كان نوعه وأياً كانت طريقة تحديده وأياً كانت تسميته». عصمت الهواري، الجزء الأول، ص٨٠.

[٨٧] مادة (١/٩٠٣) قانون مدني عراقي «يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس بما جرت العادة التبرع به عملاً داخلاً في مهنة من أداء».

[٨٨] مادة (٦٨٢) قانون مدني مصري، ومادة (٨١٠) مدني أردني و(٤٥) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

[٨٩] كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٢٢١.

[٩٠] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ٣٨٣.

٣. حساب الأجر بالطريحة[٩١]، أي بالجمع بين الطرقتين المتقدمتين فيضع أجر للعامل على أساس الحيز الزمني لاستغراق العمل ثم يتم زيادة أجر العامل بزيادة إنتاجه على المقرر مما يعطي العامل استقراراً للدخل ويدفعه لزيادة الإنتاج.

الفرع الثاني

الطابع الحيوي للأجر

سبقت الإشارة إلى أن الأجر عنصر جوهري في علاقة العمل لا قيام لها بدونه وهو الالتزام الرئيس لصاحب العمل تبعاً لما يشكله الأجر من أهمية بالغة للعامل، إذ يعتمد عليه وأسرته في معيشتهم مما يجعله تابعاً اقتصادياً لصاحب العمل[٩٢]، وقد أدى ما تقدم إلى إطلاق الفقه المقارن نظرية (الطابع الحيوي) للأجر[٩٣]، والذي أخذت به أغلب التشريعات المنظمة لعلاقة العمل[٩٤]، وما نجم عن هذه النظرية هو أفراد نظام قانوني خاص لأجر العامل يكفل له قدراً من الحماية ويتمثل في دورية حصول العامل عليه دون تأخير وبغير نقص[٩٥]، وتحريم النزول عن الأجر إلا وفق حدود معينة والحد من المقاصة به لدين على العامل وحصول العامل على أجره بقيمته الحقيقية[٩٦]، وأخيراً وهي المسألة الأهم جعل أجر العامل ديناً ممتازاً على بقية ديون صاحب العمل وحق العامل في الحصول عليه عن طريق الدعوى المباشرة تجاه صاحب العمل إذا كان عاملاً لمقاول أو مقاول ثانوي[٩٧].

---

[٩١] د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد يحيى مطر، مصدر سابق، ص٢٤٧.

[٩٢] د. حسن كيرة، دروس في قانون العمل اللبناني – المقارن، بيروت ١٩٧٧، ص١١٩.

[٩٣] كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٢١٦.

[٩٤] أنظر المواد (٥١، ٤٧، ١٥) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
وانظر المواد (١٢، ٤٢، ٥١، ٥٣) قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.
والمواد (٣٨، ٤٢، ٤٣، ٤٤) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

[٩٥] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٤٩.

[٩٦] كالمنع من إجبار العامل على الشراء من المحلات التابعة لموقع العمل أو إجباره على ارتياد المشارب والمقاهي وحسمها من الأجر.

[٩٧] د. شاب توما منصور، مصدر سابق، ص٤٠٢.

المطلب الثاني

اشتراكات الضمان الاجتماعي

لتخفيف المخاطر الاجتماعية عن العامل التي يواجهها من مجرد معيشته في المجتمع أو عند ممارسته لعمله فرض المشرع نظاماً إجبارياً تتولى الدولة إدارته يؤمن للعامل المستفيد من درء مخاطر توقفه عن أستحصال ثمن عمله (الأجر)، على أن يدفع العامل وصاحب العمل اشتراكات كمقابل لمنافع نظام الضمان الاجتماعي، وفي إطار بحثنا عن الحقوق المالية لعمال المقاول الثانوي لابد من تناول مفهوم الاشتراكات ومدى التزام صاحب العمل بها.

الفرع الأول

مفهوم الاشتراك وأسس تحديده

أولاً: تعريف الاشتراك

ويقصد بالاشتراك (المبلغ الواجب دفعه على الجهات التي يحددها القانون لقاء أي من الخدمات أو التعويضات أو المكافآت أو الرواتب التي تقدمها المؤسسة للشخص المضمون وفقاً لأحكام هذا القانون)[٩٨]، وسواء حدد الاشتراك وفقاً لنظام الاشتراك موحد القيمة أم على أساس المخاطر وفقاً لنسبة مئوية موحدة أو تصاعدية تتناسب مع أجر العامل[٩٩]، فقد فرضت قوانين الضمان الاجتماعي على طرفي علاقة العمل دفع نسبة معينة إلى دوائر الضمان الاجتماعي وإن كان في الغالب ما يدفعه العمال من اشتراكات أقل من المبالغ موضع التزام صاحب العمل[١٠٠]، ويعود

---

[٩٨] مادة (١) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.

[٩٩] د. عادل العلي، التأمينات الاجتماعية. دراسة في جوانبها المالية والاقتصادية مع دراسة خاصة عن العراق، القاهرة، ١٩٧٧، ص١٠٤.

[١٠٠] ألزمت المادة (٢٧) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ سنة ١٩٧١ بدفع صاحب العمل ١٢% من قيمة أجر العامل في حين يستقطع من العامل ٥% من قيمة أجره.
وانظر الطعون رقم ١٩٧٩/٤٨٧ و١٩٧٨/٢٨٤ و١٩٧٨/٢٨٥ و١٩٧٨/٤٥٩ لسنة ٤٥ ت (لايلزم بأداء الاشتراكات من أصحاب الأعمال إلا أولئك الذين يستخدمون عمالاً يعملون تحت إشرافهم لقاء أجر)، الهواري، ج٣، ص٣٨١.

ذلك إلى أن استفادة الأخير من جهد العامل وما يحققه من مكاسب من جراء إنتاجه ووفرة الأرباح ونجاح المشاريع لابد أن يكون له عنها ضريبة يدفعها إلى المجتمع بشكل عام وعلى عماله بشكل خاص.

ثانياً: أسس تحديد الاشتراك

يعد الأجر الأساس الذي بموجبه يتحدد المبلغ الواجب الدفع إلى السلطات المختصة على كل من طرفي عقد العمل، والأجر غالباً ما يكون مبلغاً من المال يضاف إلى ملحقات ومتممات، أي ليس مبلغاً ثابتاً[١٠١]، بل هو متغير المقدار بقدر ما يلحقه من امتيازات تدفع للعامل بتحقق مناسبتها، وقد سلكت القوانين المقارنة مسلكاً متبايناً في ذلك، فمنها ما يوسع مفهوم الأجر بحيث يشمل كل الامتيازات والملحقات مرتأين بذلك زيادة رواتب الضمان التي سوف يحصل عليها العامل مستقبلاً كنظير للاشتراكات[١٠٢]، في حين اتجهت قوانين ضمان أخرى إلى تضييق مفهوم الأجر وحصره بالمقابل النقدي الذي يحصل عليه العامل المؤمن عليه لقاء عمله الأصلي حيث لا تدخل في حساب الأجر الأجور الإضافية والمنح والمكافآت التشجيعية والأرباح[١٠٣]، في سبيل تبسيط الإجراءات التي تقوم بها سلطات الضمان وإعطاء قدر من الثبات والاستقرار للاشتراك واجب الدفع لذلك تلجأ القوانين إلى اعتماد أجر شهر لشمول العامل بالاشتراك لاحتساب اشتراك سنة كاملة حتى لا يجعل من الاشتراك متغيراً خلال السنة[١٠٤]، ويلاحظ أن شمول فئات خاصة من

---

[١٠١] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان الاجتماعي، الطبعة الثانية، مزيدة ومنقحة، بغداد، ١٩٨٨، ص٦٩.

[١٠٢] مادة (١٢٠) قانون التأمين الفرنسي لعام ١٩٥٤.

– وهو اتجاه المشرع العراقي إلى شمول كل ما يلحق بالأجر من متممات وعلاوات مهما كان نوعها في وعاء الاشتراك وفقاً للمادة (٤١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (١) قانون التقاعد والضمان رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ ومادة (١) من نظام تسديد الاشتراكات رقم ٣١ لسنة ١٩٧٨.

[١٠٣] مادة (٥/ط) قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المصري.

[١٠٤] مادة (١٣١) قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥.

المتدربين والصبيان تحت التمرين والعمال تحت التجربة يتطلب اعتماد قواعد احتساب اشتراكات العمال البالغين[١٠٥]، ولذلك يرد تساؤل حول إذا ما كان يستحصله هؤلاء وخاصة الصبيان تحت التمرين يقل عن الحد الأدنى لأجور العمال غير الماهرين أو بنسبة قليلة من الأجور والمكافآت التشجيعية المتزايدة بتقدم مراحل التدريب، وكيفية حساب اشتراكهم[١٠٦]؟ وكيفية دفعها؟.

ثالثاً: التزام المقاول الثانوي وصاحب المشروع (رب العمل) عن الاشتراكات

يتحقق شمول العمال بأحكام قانون الضمان بنص القانون[١٠٧]، فيتوجب تبعاً لهذا على صاحب العمل أداء التزامه ذي الشقين، الأول منهما هو استقطاع نسب المبلغ المقرر على العامل التابع له شهرياً فيما يتمثل ثانيهما بأداء نسب المبالغ المقررة قانوناً عليه، وهو التزام شخصي بالأداء غالباً ما يفرض عليه القانون جزاء في حال الإخلال به وبالذات الالتزام الثاني يعده مديناً لدائرة الضمان الاجتماعي[١٠٨]، ولكن يثور التساؤل عن مصير الاشتراكات موضع التزام صاحب العمل فيما لو كان مقاولاً أصلياً أو مقاولاً ثانوياً، وإعسار أي منهما وعدم قدرته على السداد إلى دوائر الضمان؟ فإن أعطى المشرع حكماً صريحاً كما هو الحال بالنسبة

– ومادة (٦) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١٠٥] لتحديد الاشتراك على أساس الحد الأدنى لأجر عامل بالغ، مادة (٢٦/هـ) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١٠٦] كالقانون الفرنسي والمصري.

– أنظر بذلك كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٧٧.

– وانظر د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٧١.

[١٠٧] في حال توافر الشروط المنصوص عليها بالقانون وهي عدد عمال المشروع الواحد وصنعة العامل، فيعرض قانون الضمان الاجتماعي الأردني اشتغال خمسة عمال في المؤسسة الواحدة للشمول به. أنظر د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص٢١٥.

[١٠٨] مادة (٩٦) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.

– «إن الالتزام الأول لا يكون فيه صاحب العمل مديناً بل يقع عليه التزام شخصي بالاستقطاع من أجر العامل شهرياً، أنظر بذلك د. يوسف إلياس، الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٧، ص٤٣٨-٤٣٩».

للمشرع العراقي، اعتُبر رب العمل والمقاول والمقاول الثانوي متضامنين ومتكافلين إزاء ديون دائرة الضمان عن اشتراكات المقاول الثانوي عن عماله فيعد رب العمل والمقاول الأصلي مسئولين معه، وطبقاً لذلك فلدائرة الضمان أن تعود على أكثرهم ملائمة[١٠٩].

المطلب الثالث

تعويضات المخاطر المهنية

تمثل إصابات العمل الناتج المباشر لتطور الصناعة وإدخال المكننة وتطورها، وهي ذات أثر فعال على قدرة العامل على العمل والكسب ولذلك اتجهت التشريعات إلى تحديد المخاطر المعنية التي لابد أن يتعرض لها العمال مهما اتخذت من تدابير وقائية في موقع العمل وتعويض المصاب من جرائها وفق آلية تحديد المسؤولية.

الفرع الأول

ضمان المخاطر المهنية

تقسم التشريعات المقارنة المخاطر المهنية التي يتعرض لها العمال تقسيماً ثلاثياً يتمثل في الاتي[١١٠]:

أولاً: إصابة العمل

هي الإصابة بمرض مهني أو الإصابة بعطل عضوي نتيجة حادث وقع أثناء العمل وبسببه[١١١]، وقد اتجه الفقه إلى ضرورة توافر عناصر معينة لتحقيق الإصابة وهب:

١. تحقق ضرر جسماني، لإنسان آدمي سواء كان بسيطاً أم شديداً ابتداء من الجسد وصولاً للجهاز العصبي والتنفسي له فيمنعه من الكسب[١١٢].

---

[١٠٩] ويعدون مدينين للخزانة ولذلك يفترض إثبات براءة ذمتهم بوثيقة رسمية صادرة عن دائرة الضمان وإلا فلأي دائرة رسمية أو شبه رسمية حبس ما للمتعهد أو لصاحب العمل من أموال.
– مادة (٣٣) قانون ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١١٠] المواد (٤١٤، ٤١٥، ٤٩٥) قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي لعام ١٩٥٦.

[١١١] مادة (١) قانون الضمان رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

٢. وقوع الحادث بفعل خارجي وبشكل مباغت.

أي أن الفعل المسبب فلإصابة بسبب أجنبي عن التكوين الجسماني أو العضوي للمضرورة[١١٣]، وهذا الفعل يقع فجأة وينتهي[١١٤]، أي لا يوجد فاصل زمني بين بداية الحدث وانتهائه[١١٥].

ورغم تحقق عناصر الإصابة السابقة، فإن العامل لا يستحق عنها تعويضاً إلا بوقوعها أثناء العمل أي بمجرد الارتباط الزمني بين الإصابة ووقت العمل[١١٦]، أو وقوعها بسبب العمل أي بوجود الرابطة السببية ولو وقعت في غير زمان ومكان العمل[١١٧].

ثالثاً: المرض المهني

---

[١١٢] د. محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة للتفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، عين شمس، يناير، ١٩٦٧، ص١٣.

[١١٣] د. عدنان العابد، شروط تعويض إصابة العمل في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن العددان (٨-٩)، السنة السادسة، بغداد، ١٩٧٨، ص٦٣، والقرار ٣١/هيئة عامة/١٩٧٣ (لا تعويض للعامل إذا لم تكن إصابته من جراء العمل، بل لسبب داخل في جهازه العضوي) قضاء محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص٣٤.

[١١٤] وهو العنصر الفاصل بين إصابة العمل والمرض المهني، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص١٤.

[١١٥] وهناك من يضع عنصر المباغتة لإصابة العمل، كالوقوع أو الاصطدام متناسين أن إصابة العمل ممكن أن تقع دونها، كقرصة الحشرة أو انقطاع الأوكسجين. د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان، مصدر سابق، ص١١٣.

[١١٦] الهيئة القضائية الثالثة، رقم الاضبارة ٣٠٣/عليا/١٩٧٣، تاريخ ١٩٧٣/٩/٦ «يستحق العامل تعويض إصابة العمل إذا حدثت الإصابة أثناء تأدية العمل أو من جرائه». قضاء محكمة العمل العليا المجلد الثاني، ١٣٥.

[١١٧] مادة (٥) قانون التأمينات الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. وانظر جيرار ليون كان، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، باريس، ١٩٥٥، ص٣٣٤.

- LYON – CAEN (G) monuel de droit du travail ET De La Securite Sociale. Paris, 1955, P334.

قد يصاب العامل بعلة معينة نتيجة من ممارسة مهنية[١١٨]، وهي بذلك ترتبط بمهنة العامل وتقع بشكل تدريجي بخلاف إصابة العمل[١١٩]، حيث غالباً ما تصدر السلطات التنفيذية جداول معينة عن الأعمال المسببة للأمراض المهنية[١٢٠]، وإن كانت بعض الأحيان ونتيجة من التطور المستمر المرافق للمشاريع وتوسعها يؤدي إلى ظهور أمراض جديدة مما يتطلب معه إحالة العامل إلى جهات طبية مختصة لتبيان وجود رابطة سببية بين العمل والمرض من عدمه[١٢١]، وتبعاً لذلك تقيد التشريعات مطالبة العامل لحقوقه عن هذه العلة خلال مدد معينة يستنفذها حقه[١٢٢].

ثالثاً: إصابة الطريق

تعد بحكم إصابة العمل الإصابة التي تقع للعامل أثناء ذهابه المباشر إلى العمل أو أثناء عودته المباشرة من العمل[١٢٣]، ويتطلب ذلك تحديد سلوك العامل في طريقه بسلوك الشخص المعتاد من حيث الطريق المتبع والزمان[١٢٤]، فتعد من قبيل

---

[١١٨] مادة (١) قانون الضمان رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١١٩] د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص٢١٥.

[١٢٠] جدول الأمراض الطبية المنشور بالوقائع العراقية رقم ٢٣١٧ في ١٩٧٤/٢/١.
– وانظر مادة ٤٩٥ و٤٩٦ قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي لعام ١٩٥٦.

[١٢١] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص١٣٤.

[١٢٢] لتحديد المشرع العراقي وجوب ظهور المرض خلال خدمة العامل أو خلال سنة من انتهاء خدمته. مادة (٦٦) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١، والقرار المصري رقم ١١٤٩ لسنة ٤٨ ق/١٩٧٩.

[١٢٣] مادة (١) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ (على أن تتوافر في ذلك شروط إصابة العمل). د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص٢٣. وانظر قرار الهيئة القضائية الثالثة/عليا/٤٤٢/١٩٧٣ (يستحق ورثة العامل التعويض عن وفاته إذا حصلت في طريق عودته من العمل ويعتبر امتداداً لوقت العمل)، قرارات محكمة العمل العليا/مجلد ثالث/ص٢٠٣.

[١٢٤] د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطريق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تموز – ١٩٦٩، ص٦٨٣.

إصابة العمل أن يتعرض العامل المضمون لحادث الطريق الطبيعي، وهو ما يتطلب تحديده بشكل موضوعي لا شخصي[١٢٥].

التعويضات

تتمثل بالرعاية الطبية ابتداءً من وقوع الإصابة لحين اكتمال شفاء العامل مروراً بالعلاج الطبي والتداخلات الجراحية في حين يتحقق للعامل الحق في تعويضات نقدية تتولى دوائر الضمان دفعها له بشكل يتناسب مع درجة إصابته تعويضاً له عن فقده مصدر دخله[١٢٦]، فلو كانت الإصابة بسيطة فغالباً ما تدفع له مكافآت تعويضية وقد يتحقق عن الإصابة عجز فتدفع له رواتب وإعانات عجز جزئي أو كلي بالإمكان تحويله عند وفاته إلى ورثته[١٢٧].

---

[١٢٥] (يشترط عدم انحراف العامل عن الطريق المعتاد وعدم انقطاع المباشرية في الذهاب) نقض اجتماعي، ٥/تشرين الأول/ ١٩٥٤، دالوز – ١٩٩٥، ص٨٣.

[١٢٦] مادة (٥٦) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١٢٧] د. عدنان العابد ويوسف إلياس، مصدر سابق، ص١٤٨. وانظر في الطعن المصري رقم ٢٧١ سنة ٣٠ ق – جلسة ١٩٦٩/٦/٢ «التعويض عن إصابة العمل وما يتخلف عنها من عاهات مستديمة هو تعويض قانون رسم الشارع معالجة ووضع له معيار يدور ويتحرك مع الأجر ونسبة التعويض» الهواري، ج١، ص٥٨٤. وانظر القرار العراقي رقم ٣٢٠/علیا/١٩٧٣ (إذا لم تلحق الإصابة بالمضمون عطلاً فلا يستحق العامل المكافأة التعويضية) محكمة العمل العليا/مجلد ثالث/ص٢١٩ وكذا القرار رقم ٥٠٠٠/عليا ثالثة/١٩٧٣ (العامل بالقطعة يستحق عياله التعويض عن وفاته إذا وقعت أثناء العمل أو من جرائه) محكمة العمل العليا/ مجلد ثالث/ص٥١.

الفرع الثالث

مسؤولية المقاول الثانوي وصاحب المشروع (رب العمل) عن التعويض

تشترك أنواع مخاطر المهنة المضمونة الثلاثة باستحقاق العامل المصاب للامتيازات والتعويضات النقدية والرعاية الطبية المقررة قانوناً، وحيث تتولى دوائر الضمان دفع إعانات الضمان والعلاج وهذا يتطلب مصاريف نقدية تتحملها، فإنها تلجأ لتحديد مسؤولية الإصابة عن طريق لجان خاصة[١٢٨].

أولاً: مسؤولية المقاول الثانوي

إن مسؤوليته بعده صاحب العمل غالباً ما تتحقق بشكلين فأما أن يكون قد تسبب بإصابة العامل (بخطأ غير مقصود) كحالة عدم توفيره وسائل الوقاية والأمان[١٢٩]، لتعود عليه دائرة الضمان بمبلغ التعويض الكلي عن الضرر وفق قواعد القانون المدني، في حال إثبات تقارير الخبراء مسؤولية صاحب العمل عمدياً عن الإصابة، أي قد قصد عن سوء نية الإضرار بالعامل فتلزمه المحاكم المدنية بتعويض دائرة الضمان لا عن الضرر فقط إنما عن كل الالتزامات المادية التي تتولى دفعها للعامل المصاب[١٣٠]، يلاحظ عدم حق العامل بالعودة على صاحب العمل بالتعويض حيث يكون هذا لدوائر الضمان، إلا في حالة إصابة العامل بفعل

---

[١٢٨] يسقط حق العامل في التعويض إذا ثبت من خلال التحقيق أنه المتسبب بالإصابة. أنظر حول ذلك مادة (٩٤/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٥٨) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

[١٢٩] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص٢٨١. ود. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص٣٦٥.

[١٣٠] د. صادق مهدي السعيد، تنظيم العلاقات الإنتاجية الفردية بين العمال وأصحاب العمل وحقوقها وواجباتها المتبادلة، الكتاب الثاني، بغداد، ١٩٧٥ – ١٩٧٦، ص٣٥٥.

– ولاحظ اتجاه القضاء المصري بالتعويض في القرار الخاص بالطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق – ١٩٦٤ (التزام رب العمل بتعويض العامل طبقاً لأحكام القانون المدني وإذا وقع بسبب خطئه الجسيم، إلا أن هذين الالتزامين متحدان في الغاية وهي جبر الضرر جبراً مكافئاً له، لا يجوز أن يكون التعويض زائداً عن الضرر، إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حساب الغير دون سبب) الهواري، ج١، ص٥٨٥.

عام آخر تابع لصاحب العمل[١٣١]، فيستطيع أن يجمع بين تعويض الضمان ومطالبة صاحب العمل بالتعويض عما أصابه من فعل ضار أحدثه تابع لصاحب العمل[١٣٢].

ثانياً: مسؤولية المقاول الثانوي والمقاول الأصلي وصاحب المشروع (رب العمل)

بافتراض إحالة العقد لمقاول ثانوي أصيب عامله بأحد إصابات مخاطر المهنة المضمونة، فيرد التساؤل عن حق دائرة الضمان بالرجوع بالتعويض على أي منهما؟ ورغم عدم إيراد حكم بذلك إلا أننا ننسجم مع رأي أساتذينا الكريمين بالعودة إلى القواعد العامة للمسؤولية بعد كل من المقاول الثانوي والمقاول الأصلي ورب العمل مسؤولين مسؤولية تضامنية[133]، فللدائرة حق العودة على أي منهما إذا كان المقاول الثانوي معسراً وقد تحققت مسئوليته في الإصابة بخطأ أو إهمال، ثم يعود بعد السداد صاحب المشروع ورب العمل أو المقاول الأصلي على المقاول الثانوي لإيفاء الدين.

---

[١٣١] تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، مصدر سابق، ص٧٠.

[١٣٢] مادة (٢١٩) قانون مدني عراقي ومادة (١٧٤) قانون مدني مصري ومادة (١٣٨٤) مدني فرنسي. أنظر في قرار الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤٥ ق – جلسة ١٩٨١/١/١١ «يكفي في مسائلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قد نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه».

عصمت هواري، الجزء الرابع، ص١٣٤.

[١٣٣] د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان، مصدر سابق، ص١٣٩.

المبحث الأول

التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر

يحدد التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر طبيعة المسؤولية المدنية التي يتحملها الوسيط في حال إخلاله بأي من التزاماته. وفي هذا الصدد يتفق الفقه ويؤيده في ذلك القضاء على أن العلاقة بين الوسيط والمستثمر علاقة عقدية. فإذا كان القانون قد فرض على المستثمر الراغب في التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية أن يجري تعامله من خلال وسيط، فإن القانون لم يرغب المستثمر – بائعاً كان أم مشترياً للأوراق المالية – على التعامل مع وسيط بعينه. عليه فإن المستثمر يختار وسيطاً لتبدأ علاقته معه باتفاق بينهما مفاده قيام الوسيط بالتعامل بالأوراق المالية لمصلحة المستثمر. بيد أن الدور الذي يقوم به الوسيط والذي يحدده القانون من جهة ومضمون الاتفاق بينه وبين المستثمر من جهة أخرى يثير في الواقع خلافاً في الفقه حول طبيعة العقد الذي يربط المستثمر بالوسيط لاسيما وأن المشروع في تعريفه للوسيط لا يحدد على وجه الدقة المركز القانوني للوسيط المبني على طبيعة العقد الذي يربطه بالمستثمر. فالوسيط كما يعرفه المشرع[١٣٤] هو "شخص يجاز بممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية". وهذا التعريف يثير التساؤل والخلاف عن طبيعة العقد الذي سيمارس بمقتضاه الوسيط أعمال الوساطة. ولهذا الخلاف أهميته في تحديد الالتزامات التي تترتب على عاتق الوسيط بموجب العقد المذكور، والتي يترتب على الإخلال بها قيام مسؤوليته العقدية. وفي هذا الصدد ينقسم الفقه إلى اتجاهين رئيسيين نبحث كلاً منهما في مطلب مستقل. ونعزز هذين المطلبين بثالث لبيان التكييف الراجح.

---

[١٣٤] أنظر المادة (٧/١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

المطلب الأول

الوسيط يرتبط مع المستثمر بعقد دلالة

يذهب جانب من الفقه[١٣٥] إلى أن العلاقة العقدية بين الوسيط والمستثمر في سوق الأوراق المالية تتمثل بعقد دلالة (أو سمسرة على حد تعبير المشرع المصري) وليس أكثر من ذلك.

فالوسيط وفقاً لهذا الرأي الفقهي ليس أكثر من دلال ينطبق عليه تعريف الدلال[١٣٦] ويلتزم بالتزامات الدلال، وتسري عليه تلك الأحكام القانونية التي يخضع لها الدلال. وينحصر دوره بناء على ذلك في التقريب بين شخصين يكون أولهما بائعاً للأوراق المالية وثانيهما مشترياً لهذه الأوراق لكي يتعاقدا معاً نظير عمولة يقبضها الوسيط من كليهما. وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من قيمة الصفقة يحددها القانون[١٣٧].

---

[١٣٥] أنظر: د. طعمة الشمري، أحكام تداول الأوراق المالية في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣، ص٦١.

أنظر أيضاً: د. محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، ط٢، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص١٣٠.

د. علي جمال الدين عوض ود. محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص٧١.

د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٢، ص٢٨٥.

[١٣٦] أنظر: المادة (١/ف١) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذة، التي تعرف الدلالة بأنها: "عمل يبتغي القائم به تسهيل إبرام عقد من العقود لقاء أجرة".

[١٣٧] أنظر: المادة (٨/ف١) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية التي تحدد عمولة الوسيط في سوق بغداد للأوراق المالية بنسبة ١% من القيمة النقدية لكل عملية بيع وشراء أسهم، وأربعة من الألف من القيمة النقدية لكل عملية بيع وشراء سندات تعقد في القاعة بحد أدنى مقداره مئة دينار لكل عملية وتخصص للسوق حصة نسبتها (٢٠%) من العمولة المتحققة للوسيط.

هذا ويستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير مذهبهم إلى حجج عدة، لعل من أهمها ما يأتي:

أولاً: إن الوسيط لا يتعامل بالأوراق المالية باسمه ولا حسابه إذ لا شأن له بالصفقة التي يراد إبرامها، فهو في واقع الحال أجنبي عنها، إذ أنه ليس بائعاً للأوراق المالية مثلما هو ليس مشترياً لتلك الأوراق. كما أنه لا يتعامل بتلك الأوراق المالية باسم من يتعاقد معه – بائعاً كان أو مشترياً – أو لحسابه، بل يقتصر دوره على إرشاد المستثمر إلى شخص آخر يرغب في شراء ما لديه من أوراق مالية أو يرغب ببيع ما يسعى المستثمر المذكور إلى شرائه من تلك الأوراق. وبذلك يكون الوجه الغالب من عمل الوسيط مادياً، يستوي في ذلك أن يقوم الوسيط بهذا العمل بتكليف من أحد الطرفين فقط أو بتكليف من الطرفين معاً. فإذا كان عمل الوسيط مادياً فإن هذا يرجح تكييف عقده مع المستثمر على أنه دلالة وينفي في الوقت ذاته عن الوسيط صفة الوكيل. لأن الأخير إنما يقوم بتصرف قانوني لا بعمل مادي. والوكيل في قيامه بهذا التصرف يقوم به باسم الموكل ولحسابه.

ثانياً: إذا لم يكن الوسيط في تعامله لمصلحة المستثمر وكيلاً عنه، فإنه لا يعد ولذات الأسباب وكيلاً بالعمولة. ففضلاً عن أن الوكيل بالعمولة لا يختلف عن الوكيل التجاري في قيامه بتصرف قانوني لا بعمل مادي، فإن الوكيل بالعمولة حينما يتعاقد لمصلحة موكله إنما يتعاقد باسمه وليس باسم الوكيل. ويترتب على ذلك أنه يعد أصيلاً في علاقته مع الغير الذي يتعاقد معه، ويتحمل تجاهه بكل الالتزامات الناشئة عن العقد، ذلك أن الغير يجهل وجود أصيل في هذا التعامل وهو في كل ذلك يختلف عن الوسيط وعن الدور الذي يقوم به الوسيط في سوق الأوراق المالية. فالوسيط لا يتعامل باسمه ومن يتعاقد معه يعلم حق العلم أنه مجرد وسيط يعمل لمصلحة شخص آخر.

ثالثاً: إن قانون سوق بغداد للأوراق المالية يبين أن الوسيط يتولى في السوق أعمال الوساطة بالعمولة[١٣٨]. والوساطة كما يعرفها المشرع العراقي تعني "كل عمل من

---

[١٣٨] أنظر: المادة (١٤/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

أعمال التوسط التي تستهدف التقريب بين طرفين راغبين في التعاقد"[١٣٩]. وهذا المفهوم للوساطة لا يخرج عن مفهوم عقد الدلالة.

المطلب الثاني

الوسيط يرتبط مع المستثمر بعقد وكالة

لا يتفق بعض من الفقه[١٤٠] مع من يذهب إلى أن عقد الوسيط مع المستثمر هو عقد دلالة، فالوسيط في سوق الأوراق المالية هو أكثر من دلالة تقتصر مهمته على التقريب بين طرفي عقد بيع الأوراق المالية دون أن يكون له أي دور في هذا العقد الأخير. إذ يفصح مضمون العقد الذي يبرم بين الوسيط والمستثمر على أن الوسيط إنما يمثل هذا الأخير في عقد بيع الأوراق المالية إبراماً وتنفيذاً. عليه فإن الوسيط وبهذه الصفة يكون وكيلاً للمستثمر في سوق الأوراق المالية، والعقد الذي يربطه به ليس إلاّ عقد وكالة يستوي في ذلك أن تكون هذه الوكالة عادية أو أن تكون وكالة بالعمولة.

إن هذا التصور يجد في أحكام القضاء ما يدعمه[١٤١]، كما أنه – كسالفه – يستند في تبريره إلى حجج عدة، يتمثل أهمها بما يأتي:

---

[١٣٩] أنظر: المادة (٣/ف٢) من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ الملغي.

[١٤٠] أنظر: محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، ج١، ط٣، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٣، ص٣٤١.

أنظر أيضاً: د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج١، ط١، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤٧، ص٦٤٣، رزق الله أنطاكي، نهاد السباعي، مصدر سابق، ص٢٤٨، د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص٢٧٧.

[١٤١] أنظر: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١/٧، ص٢٦، ص١٢٤، وفيه تذهب المحكمة إلى أنه: "السمسار هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وكيل يكلفه أحد المتعاقدين بالتوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه".

أولاً: إن الغرض من وجود وسيط في سوق الأوراق المالية – وهو أمر إلزامي بموجب نصوص القانون الآمرة – يتجاوز مجرد قيام الوسيط بالبحث عمن يتعاقد مع المستثمر. فالغرض من وجوده – على النحو المبين سابقاً – أبعد من ذلك ويهدف إلى أن يكون التعاقد والتعامل بالأوراق المالية منظماً وتحت رقابة سوق الأوراق المالية. لذا فإن التعاقد في سوق الأوراق المالية يحصل بين الوسطاء وحدهم ودون تدخل من البائع أو من المشتري. وأكثر من ذلك يقتصر حق الدخول إلى قاعة التعاقد على الوسطاء أنفسهم، وإذا حصل أي تعاقد داخل السوق بدون وسيط مجاز فيها فإن ذلك يؤدي إلى بطلان مثل هذا العقد(١٤٢). وهذا ينفي أن يكون الوسيط دلالاً فحسب ويؤيد أنه وكيل إذ أنه يتدخل في إبرام العقد، وبذا يكون الجانب الأغلب من عمله تصرفاً قانونياً لا عملاً مادياً كما يذهب أنصار الاتجاه السابق.

ثانياً: إن الطريقة التي يبرم فيها الوسيط عقد بيع الأوراق المالية نيابة عن المستثمر تبين أنه ليس مجرد دلال كما أنه لا يعد وكيلاً عادياً بل وكيلاً بالعمولة. فالوسيط عند تعاقده لمصلحة المستثمر لا يذكر اسم هذا الأخير، وإنما يتعاقد باسمه هو وهذا ما يجعل الوسيط مسؤولاً قبل من تعاقد معه فإذا تلقى الوسيط أمراً بالبيع من المستثمر فإنه يعد بالنسبة للمشتري بائعاً. وإذا أمره المستثمر بالشراء فإنه يعد مشترياً بالنسبة للبائع. ويترتب على ذلك أن يكون لكل من وسيط البائع ووسيط المشتري دعوى تجاه الآخر هي دعاوى البائع أو المشتري كما إن الوسيط والمستثمر يكون لكل منهما قبل الآخر دعاوى الوكالة(١٤٣).

المطلب الثالث

التكييف الراجح للعلاقة بين الوسيط والمستثمر

تبين فيما سبق أن الفقه في تكييفه لعلاقة الوسيط بالمستثمر موزع بين اتجاهين اثنين، أحدهما يذهب إلى أن هذه العلاقة تتمثل بعقد دلالة بينما يذهب

القرار منشور في: د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص٢٢١.

(١٤٢) أنظر: د. علي العريف، مصدر سابق، ص٦٤٣.

(١٤٣) أنظر: محمد صالح، مصدر سابق، ص٣٤١-٣٤٢.

الاتجاه الثاني إلى تكييف هذه العلاقة على أنها عقد وكالة. وإذا كان لكل من الرأيين حججه التي تدعمه وتسنده فإن لكل واحد منهما أيضاً مأخذه التي تمنع الأخذ به على إطلاقه. فالوسيط في سوق الأوراق المالية ليس دلالاً فقط كما أنه ليس وكيلاً فحسب. بل أنه يجمع هاتين الصفتين معاً، فهو دلال ووكيل في الآن نفسه. وتصورنا هذا يجد سنده في نصوص القانون التي تنظم التعامل في أسواق الأوراق المالية من جهة وفي الواقع العملي وما يجري عليه العلم في سوق الأوراق المالية من جهة أخرى، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إن المستثمر ممنوع وبنص القانون[١٤٤] من أن يتعامل بالأوراق المالية مباشرة في إطار سوق الأوراق المالية. إذ يقتصر مثل هذا التعامل على الوسطاء المجازين في السوق. لذا فأنه يتعاقد مع الوسيط إذا رغب في بيع أو شراء أوراق مالية والمستثمر لا يعلم مسبقاً من الذي سيكون الطرف الآخر معه في عقد بيع الأوراق المالية المذكورة، إذ يجري التداول داخل السوق بطريق المزايدة العلنية المكتوبة وذلك بعرض جميع أوامر البيع والشراء على اللوحات المعدة لهذا الغرض[١٤٥]. فالوسيط إذا يتولى مهمة إيجاد من يرغب بشراء أو بيع الأوراق المالية التي يرغب المستثمر بالتعامل بها. والوسيط في دوره هذا يكون في المركز القانوني للدلال. وهذا ما بيّنه المشرع إذ ينص على أن الوسيط يتولى أعمال الوساطة بالعمولة[١٤٦]. بيد أن مهمته لا تنتهي عند هذا الحد، إذ أن الوسيط وبعد إيجاد راغب في شراء أو بيع الأوراق المالية (وهو لا يعدو كونه وسيطاً آخر يمثل مستثمراً آخر) يقوم بإبرام العقد نيابة عن المستثمر، وأحياناً نيابة عن الطرفين معاً. كما لو فوّضه مستثمر ما ببيع أوراق مالية وفوّضه مستثمر آخر بشراء الأوراق المالية ذاتها، وهو في عمله هذا يعد وكيلاً عن المستثمر. وليس أدل على ذلك من أن القانون يفرض على الوسيط عند تعامله بالأوراق المالية الاسمية التأكد من حيازة المستثمر الراغب في البيع لشهادة

---

[١٤٤] أنظر: (المادة ٤/ف٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

[١٤٥] أنظر: المادة (٢٢) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

[١٤٦] أنظر: المادة (١٤/ف١) من قانون بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

ملكية الأسهم وإلاّ فيطلب من ذوي العلاقة تقديم وثيقة تأييد من الجهة التي أصدرت الأسهم تبين عددها وأنها ليست محجوزة أو مرهونة أو مفقودة ولم تصدر شهادة جديدة بدلاً عنها[١٤٧]. فإذا تبين أن الأوراق المالية محل التعامل محجوزة أو مفقودة أو أن بائعها ليس مالكاً لها وتعذر بسبب ذلك نقل ملكيتها إلى المشتري فإن الوسيط يكون مسؤولاً[١٤٨]. وهذا ما يؤكد أن الوسيط يكون وكيلاً فهو يمثل المستثمر في إبرام العقد وليس بمنأى عن الالتزامات التي تتولد عنه. فإذا كان مجرد دلال تنتهي مهمته بإيجاد من يشتري أو يبيع الأوراق المالية فإن إبرام الصفقة والتحقق من سلامة المبيع المتمثل بالأوراق المالية من العيوب الظاهرة يقع على عاتق طرفي التعاقد. فالدلال لا يطلب منه سوى أن يكون حسن النية ويخطر من يتعاقد معه بالظروف التي يعلمها عن الصفقة دون أن يلزم بأن يتحرى عن الصفقة وصحة المعلومات التي يقدمها الطرف الآخر[١٤٩]. بخلاف الوكيل الذي عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد عند إبرام العقد باسم موكله، وبذل هذه العناية يقتضي منه التأكد من ملائمة من يبرم العقد معه إذا كان مشترياً أو من كونه مالكاً لما يرد عليه العقد إن كان بائعاً.

ثانياً: إن قانون سوق الأوراق المالية يبين أن من أبرز ما يقوم به الوسيط في السوق هو أعمال الوساطة بالعمولة[١٥٠]، ولعل هذا ما دفع بعضاً من الفقه إلى تكييف المركز القانوني للوسيط في السوق على أنه دلال يتوسط بين طرفين من أجل التعامل بالأوراق المالية مقابل أجر، لاسيما وأن قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ الملغي يعرف الوساطة التجارية بأنها "كل عمل من أعمال التوسط التي تستهدف التقريب بين طرفين راغبين في التعاقد ..." إلاّ أن هذا التصور لا يستقيم إذ يتضمن قانون سوق الأوراق المالية نصوصاً أخرى تؤكد أن الوسيط فضلاً عن كونه دلالاً يقوم بأعمال الوساطة بالعمولة يكون وكيلاً عن

---

[١٤٧] أنظر: المادة (١٧) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١. والمادة (٢٤/ف٣) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

[١٤٨] أنظر: المادة (٤٥/ف٢) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

[١٤٩] أنر: التزامات الدلال التي تحددها المادة (٩) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

[١٥٠] أنظر: المادة (١٤/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

المستثمر، ولا يصح تحديد المركز القانوني للوسيط بمعزل عن هذه النصوص. من ذلك على سبيل المثال ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة الخامسة عشر من قانون سوق بغداد للأوراق المالية من أن الوسيط يتصرف "بالنيابة عن بائع الأوراق المالية أو مشتريها على وفق تفويض تحريري..." فالوسيط بموجب هذه المادة يعد نائباً والنيابة مصدرها الاتفاق الذي ينبغي أن يكون تحريرياً فإذا كانت النيابة اتفاقية فأنها ليست سوى عقد الوكالة.

كذلك ما تنص عليه المادة الثانية من ذات القانون في فقراتها الخامسة. إذ تقضي بأنه: "تعفى من رسم الطابع عقود البيع المبرمة في القاعة وعقود تفويض البيع أو الشراء التي تعقد بين المتعاملين والوسطاء...". وليس ثمة أكثر من هذه المادة وضوحاً على أن الوسيط وكيل يتعامل باسم المستثمر ولحسابه، فعقود البيع كما توضح هذه المادة تعقد في القاعة والتعامل في داخل القاعة يجري بين الوسطاء وحدهم بلا تدخل من المستثمر ولا يمكن للوسيط أن يبرم عقد البيع مالم يكن وكيلاً. كما تبين المادة ذاتها أن الوسيط حينما يبيع أو يشتري فإن ذلك يكون بموجب عقد يفوّضه فيه المستثمر إجراء مثل هذا التصرف لحسابه.

هذا من جانب، من جانب آخر فإن القانون المذكور يبين بأن الوسيط لا تقتصر مهمته تجاه المستثمر على التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً، وإنما تتعدى ذلك إلى إدارة محافظ الأوراق المالية لمصلحة المستثمر كأن يطالب الجهة التي أصدرتها بالأرباح السنوية، وهو في تصرفه هذا يكون وكيلاً عن المستثمر وينبغي في هذه الوكالة – على النحو الذي يتطلبه القانون – أن تكون مصدّقة من الكاتب العدل وتحدد فيها صلاحيات الوسيط والتزاماته وحقوقه[١٥١]؟

ثالثاً: إذا كان التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يقتصر على الوسطاء فإن التعامل الذي يتم بوساطتهم يترتب عليه انتقال ملكية هذه الأوراق من البائع إلى المشتري، دون أن يتوقف هذا الأثر على تعاقد لاحق بين المستثمر البائع

---

[١٥١] أنظر: المادة (١٤/ف٢) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

والمستثمر المشتري[١٥٢]. وهذا يدل على أن وسيط كل منهما يعد نائباً عنه ويمثله في هذا التعامل وليس مجرد دلال تنتهي مهمته بإيجاد من سيتعامل معه المستثمر. وأكثر من ذلك يتم استيفاء الإجراءات الشكلية التي يتطلبها قانون الشركات لانتقال ملكية الأسهم في سوق الأوراق المالية ذاتها. إذ يلزم القانون[١٥٣] جميع الشركات المسجلة في السوق بأن تعين مندوباً عنها في السوق يقوم بتنفيذ أحكام المادة ٦٦ من قانون الشركات النافذ الخاصة بإجراءات انتقال ملكية الأسهم[١٥٤]. ويقوم هذا المندوب بتسجيل انتقال ملكية الأوراق المالية التي يتم تداولها في السوق من البائع إلى المشتري دون أن يتطلب الأمر حضور المستثمر بائع الأوراق المالية أو المستثمر الذي يشتريها ذلك أن حضور وسيط كل منهما – وهو يمثله قانوناً – يعد كافياً لاستيفاء الإجراءات المذكورة[١٥٥]. ويترتب على الوسيط بعد إتمام إجراءات التعاقد تسوية الحسابات المترتبة على هذا التعاقد[١٥٦].

من كل ما تقدم يتضح أن المركز القانوني للوسيط في علاقته بالمستثمر يتحدد بكونه دلالاً وكيلاً في الوقت ذاته. عليه فأنه يسأل تجاه المستثمر بموجب هاتين الصفتين. وأحكام هذه المسؤولية هي محور المبحث الآتي.

---

[١٥٢] أنظر: فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص٧٩.

[١٥٣] أنظر: المادة (٤٤/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

[١٥٤][١٥٤] تنص المادة (٦٦) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ على أنه: أولاً: يتم بيع الأسهم في الشركة المساهمة والمحدودة في مجلس مؤلف من البائع والمشتري أو من يمثلهما قانوناً، ومندوب من الشركة يعينه المدير المفوض، وينظم عقد يذكر فيه اسما البائع والمشتري وعنوانهما ورقم شهادة الأسهم وتاريخ البيع والثمن وإقرار البائع بقبضه وتعهد المشتري بقبول عقد الشركة، ويسجل عقد البيع في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة مع توقيع المتعاقدين ومندوب الشركة، ويعتبر باطلاً كل بيع يقع خارج المجلس أو لا يسجل في سجل الشركة. ثانياً: تنتقل ملكية الأسهم في الشركات المساهمة المدرجة في سوق بغداد للأوراق المالية وفق قانونه والتعليمات الصادرة بموجبه.

[١٥٥] أنظر: المادة (٤٥/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

[١٥٦] أنظر: المادة (٢٤/ف٤) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

المبحث الثاني

قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر وآثار قيامها

تبين فيما سبق أن العلاقة بين الوسيط والمستثمر إنما هي علاقة عقدية يحكمها الاتفاق المبرم بينهما. وتتحدد التزامات الطرفين تبعاً لذلك بناءً على هذا الاتفاق. فإذا أخل أحدهما بالتزاماته تلك فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال ومسؤوليته تعد من حيث المبدأ مسؤولية عقدية بالنظر إلى أنها تترتب على الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد. ومع ذلك فإن التزامات الوسيط تجاه المستثمر ليست كلها ناشئة عن العقد، إذ يتدخل المشرع، وفي إطار حمايته لمصالح المستثمر، لفرض التزامات معينة على الوسيط، الأمر الذي يثير التساؤل عن طبيعة هذه الالتزامات وطبيعة مسؤولية الوسيط عنها. كما يطرح التساؤل في السياق ذاته عن آثار قيام مسؤولية الوسيط وهو ما نبحثه في الطلبين الآتيين.

من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

المطلب الأول

قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر

تقوم المسؤولية المدنية بصورة عامة بقيام أركانها وأركان المسؤولية التقليدية ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. ولا تختلف في ذلك بطبيعة الحال مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر. إذ يتطلب قيامها أن ينسب إلى الوسيط خطأ معين بأن يخل بأحد الالتزامات المفروضة عليه، كما ينبغي أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المستثمر فتتحقق بهذه الصورة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. إلاّ أن الوسيط – كمركز قانوني – تترتب في ذمته التزامات عدة، بالنظر لتعدد الصفات التي يحملها من جهة وبالنظر لتدخل المشرع في تحديد ما يلتزم به الوسيط تجاه المستثمر من جهة أخرى، الأمر الذي يثير التساؤل عن طبيعة التزامات الوسيط المتعددة هذه ومتى يعد مخطئاً بالشكل الذي يرتب قيام مسؤوليته؟ وكيف يعد الضرر متحققاً بالنسبة للمستثمر؟ وإذا كانت هذه التساؤلات لا تتجاوز حدود أركان المسؤولية التقليدية إلاّ أن لكل منها خصوصية فيما يتعلق بمسؤولية الوسيط لذا فإن البحث في

قيام مسؤولية الوسيط سيكون منصباً على خصوصية كل ركن من أركان قيامها. وعلى النحو الآتي:

أولاً: خطأ الوسيط:

يعد الوسيط – كما سبق أن بينا – دلالاً ووكيلاً في الآن ذاته. لذا فأنه يلتزم في وقت واحد بالتزامات الدلال والتزامات الوكيل كما تحددها القواعد العامة. هذا فضلاً عن التزامه بما يفرضه عليه المشرع في إطار القواعد الخاصة بالتعامل في سوق الأوراق المالية.

فالوسيط باعتباره دلالاً يلتزم بالقيام بعمل وهو أن يسعى لإيجاد شخص يتعاقد مع المستثمر لشراء أو بيع الأوراق المالية، كما يلتزم بصفته هذه بأن يقوم بإطلاع المستثمر على ظروف التعاقد ومخاطره متى كان يعلم بها، أو كان من السهل عليه العلم بها[١٥٧]، كأن يكون عالماً بأن الشركة التي يسعى المستثمر إلى شراء أسهمها يحتمل إفلاسها بسبب ما تعانيه من مشاكل مالية[١٥٨].

ويعد التزام الوسيط بصفته وكيلاً التزام بالقيام بعمل أيضاً. وهو ما يعد في الواقع عملاً متمماً لما يقوم به بصفته دلالاً، فبعد أن يجد شخصاً يرغب في التعامل

---

[١٥٧] أنظر: المادة (٩) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

أنظر أيضاً: د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص١٧٣-١٧٤.

Aaron Larson, Fraud & Misconduct by stock brokers & financial planners, Expert law, July 2004, available on http://www.expertlaw.com/library/pubarticales/consumer-protiction/financial-planners.html

[١٥٨] تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض القوانين تلزم الوسيط تحت طائلة العقاب بإبلاغ الجهات الرسمية عن أي معاملة تثير الشكوك، كما لو أن أحد أطرافها كان شخصاً ظاهر الاعتبار. كما في قانون تقارير المعاملات المالية الاسترالي الصادر عام ١٩٨٨.

(The financial transaction reports act.1988)

أنظر:

Austrac (Australian Transaction Reports and Analysis Centre) guide line No.4, Merchant Bankers & stock Brokers suspect transaction reporting available at <http//www.austrac.gov.au/text/guidelines/guidelines/guide/94.huml.

مع المستثمر فأنه يقوم بصفته وكيلاً عن هذا الأخير بإبرام عقد لبيع أو شراء الأوراق المالية نيابة عن المستثمر. وكأي وكيل آخر ينبغي عليه أن يتصرف في حدود وكالته، فيلتزم بأوامر وتوجيهات المستثمر بصفته موكلاً[١٥٩]، والتي تفرض القواعد الخاص بالتعامل في سوق الأوراق المالية أن تكون بصيغة تفويض تحريري ومعتمدة من قبل إدارة السوق[١٦٠]. وليس للوسيط أن يجتهد بخلاف هذه الأوامر إلاّ إذا كان مخولاً تحريرياً من المستثمر بذلك[١٦١].

وإذا كان التزام الوسيط بصفته دلالاً وبصفته وكيلاً أيضاً التزاماً بالقيام بعمل فإنه في الحالتين التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ لا يطلب منه إلاّ أن يقوم بالتصرف بقدر من اليقظة والحرص[١٦٢]. وهكذا فأنه يعد قد نفّذ التزامه متى بذل المقدار الواجب بذله من العناية. وبخلافه يتحقق خطؤه العقدي. وفي هذا الصدد يطرح التساؤل عن مقدار العناية الذي ينبغي على الوسيط بذله لينتفي ببذله خطؤه؟

لا خلاف في أن الوسيط سواء في عمله بصفة دلال أو بصفة وكيل عن المستثمر يقوم بعمل تجاري ويعد في الوقت ذاته تاجراً. فعقد الدلالة من أعمال الوساطة التجارية التي تعد عملاً تجارياً بموجب نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ، كما أن الوكالة التي يقوم بها هي وكالة تجارية تخضع بأحكام الوكالة التجارية ولا تتم إلاّ مقابل أجر يتمثل بالعمولة التي يتقاضاها من المستثمر. بناءً على ذلك يتحدد مقدار العناية الواجب بذله من الوسيط بعناية الرجل المعتاد. وهذا الحكم ليس إلاّ تطبيقاً للقواعد العامة في العقد بصورة عامة[١٦٣]، وأيضاً القواعد العامة في عقد الوكالة[١٦٤].

---

[١٥٩] أنظر: Aaron Larson,Op.Cit

[١٦٠] أنظر: المادة (١٥/ف٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

[١٦١] أنظر: المادة (٢٤) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

[١٦٢] أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص٤٦٠.

[١٦٣] أنظر: المادة (٢٥١/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٦٤] أنظر: المادة (٩٣٤/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

ومع ذلك فإن اتجاهاً في الفقه[١٦٥] يرى بأن من غير المناسب تطبيق القواعد العامة في تحديد مقدار العناية الواجب بذله من قبل شخص مهني كالوسيط. فالوسيط – باعتباره وكيلاً تجارياً وتطبيقاً لما يذهب إليه الاتجاه المذكور – يعد شخصاً مهنياً وليس شخصاً عادياً لذا فإن مساءلته ينبغي أن يؤخذ فيها بنظر الاعتبار صفته تلك. فمسؤوليته مسؤولية مهنية وهي لا تقوم إلاّ إذا كان هناك خطأ جسيم في إتباع أصول المهنة يعزى إلى الوسيط وهو ما يطلق عليه الخطأ المهني. وهذا الخطأ يعرف بأنه: "خطأ مقارب للغش فلا يفرق عنه في معظم الأحوال إلاّ فارق ذهني"[١٦٦].

إلاّ أن الرأي المتقدم يعد في تقديرنا محل نظر إذ لا سند له من نصوص القانون فالمشرع وإن كان قد نظّم التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية بنصوص خاصة إلاّ أنه لم يشر إلى ما يمكن أن يجعل من مسؤولية الوسيط مسؤولية "خاصة" الأمر الذي يعني أنها تخضع إلى أحكام القواعد العامة. وطالما وجد عقد بين الوسيط والمستثمر فأن مسؤولية الوسيط عن الإخلال بالتزاماته العقدية تكون مسؤولية عقدية. هذا وإن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني تعد بصورة عامة تفرقة منتقدة. فهي كما يذهب أستاذنا د. حسن علي الذنون[١٦٧] لا تقوم على أي أساس من المنطق أو العدالة. فلماذا يسأل أي متعاقد عن خطئه العقدي أياً كان هذا الخطأ ولا يسأل المتعاقد المهني إلاّ عن خطئه الجسيم فقط. وإذا كان لمثل هذا الحكم تعليل يستند إلى توفير الطمأنينة والحرية في العمل للشخص المهني فإن هذا التعليل ينطوي على تضحية بمصلحة الطرف الآخر الذي تعاقد مع الشخص المهني وأودعه ثقته، وليس هذا الأمر من العدالة في شيء.

---

[١٦٥] أنظر: د. أحمد رفعت خفاجي، تفسير الخطأ المهني الجسيم، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٨–١٩٥٩، ص٩١.

وفي هذا الرأي أيضاً أنظر: بودان، شرح القانون المدني، العقد والالتزامات، ف١١٨٧، ديموج، ج٣، ف٢٦٤.

[١٦٦] أنظر: د. أحمد رفعت خفاجي، مصدر سابق، ص٩١.

[١٦٧] أنظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٥١٩.

وأياً كان الأمر فإن معيار الرجل المعتاد إذا طبق على مسؤولية الوسيط فإنه لا يعني أن يقاس تصرف الوسيط على تصرف شخص عادي لا يمت إلى مهنة الوسيط بصلة، بل أن الرجل العادي هو شخص من نفس طائفة من يتم التحقق من خطئه. عليه فإن معيار الرجل العادي بتطبيقه على الوسيط معناه أن يقاس تصرف الوسيط على تصرف وسيط بصير يقظ يوجد في نفس الظروف الخارجية التي يوجد فيها الوسيط المدعى عليه بالمسؤولية. فإذا كان تصرفه مغايراً لتصرف الوسيط الحريص اليقظ بأن كان أقل حرصاً منه عدّ حينها مخطئاً. ويسأل عن هذا الخطأ بصرف النظر عن درجته جسيماً كان أو يسيراً. من ذلك مثلاً أن يبرم الوسيط عقداً لشراء أسهم دون التأكد من حيازة شهادة ملكية الأسهم من قبل مالكها. إذ يعد في هذه الحالة مخطئاً، فالوسيط المعتاد الذي يتصرف بحرص ويقظة يتأكد أولاً وقبل كل شيء من أن بائع الأوراق المالية مالكاً لها ولديه ما يثبت ذلك.

بيد أن التزامات الوسيط في إطار علاقته بالمستثمر ليست كلها متفق عليها بين الطرفين. إذ أن المشرع يتدخل – وبنصوص خاصة – ليفرض بدوره على الوسيط التزامات معينة تحدد علاقته بالمستثمر. وهذه الالتزامات لا يعدو بعضها كونه تأكيداً للالتزامات التي تترتب في ذمته بموجب عقد الدلالة أو عقد الوكالة. كإلزام الوسيط بإطلاع المستثمر على جميع البيانات التي يعلمها في الصفقة والظروف الخاصة بها[١٦٨]. فمثل هذا الالتزام رئيسياً من التزامات الدلال[١٦٩]. بينما لا يخرج البعض الآخر من هذه الالتزامات عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة، كإلزام الوسيط بالاستقامة والنزاهة وتوخي مصلحة المستثمر وحماية حقوقه[١٧٠]. فالقواعد العامة توجب على كل متعاقد – أياً كان العقد الذي أبرمه – بأن ينفذ التزاماته تجاه الطرف الآخر بحسن نية[١٧١]. والوسيط حسن النية ينبغي أن يعمل على حماية مصالح وحقوق المستثمر لأنه يمثله في التعامل ويتصرف باسمه. وتطبيقاً لذات

---

[١٦٨] أنظر: المادة (١٩/ف٢) من قانون سوق بغدد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

[١٦٩] أنظر: المادة (٩/ف١) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

[١٧٠] أنظر: المادة (١٩/ف٢) من قانون سوق بغدد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

[١٧١] أنظر: المادة (١٩/ف٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

المبدأ أيضاً يلزم المشرع الوسيط "بالامتناع عن أي عمل من شأنه ترتيب أو إيجاد معاملات وهمية أو المساهمة فيها لا تؤدي إلى انتقال حقيقي للأوراق المالية محل الصفقة"[١٧٢] فإذا كان على الوسيط بصفته وكيلاً أن يبذل عناية الرجل المعتاد ليتأكد من ملكية بائع الأوراق المالية لهذه الأوراق بالشكل الذي يجعل الوسيط المذكور مخلاً بالتزامه إذا لم يتأكد من هذا الأمر لإهماله وعدم بذله المقدار اللازم من العناية وتعذر بسبب ذلك انتقال الملكية إلى المستثمر، فإنه يعدو – ومن باب أولى – مخطئاً إذا تعمد الإضرار بموكله المستثمر فقام بترتيب معاملات وهمية أو تواطأ مع الغير لترتيبها، إذ يعد في هذه الحالة قد ارتكب غشاً وأخل بمبدأ حسن النية فضلاً عن إخلاله بالتزامه كوكيل.

وإذا كانت هذه الالتزامات القانونية تؤكد مضمون عقد الوكالة أو الدلالة، فإن المشرع يفرض على الوسيط في الوقت ذاته التزامات قد لا يلتزم بها الدلال أو الوكيل. فالوسيط يلتزم بموجب قانون سوق الأوراق المالية بعدم إفشاء أسرار المتعاملين معه أو أسمائهم[١٧٣]. وقد يثير الالتزام بالسرية هذا التساؤل عن مصدره. فهل هو التزام قانوني يخرج عن إطار العقد، بحيث يعد الإخلال به خطأ تقصيرياً يثير المسؤولية التقصيرية؟ أم أنه على النقيض من ذلك يمكن أن يدرج ضمن التزامات الوسيط العقدية، فلا يكون الإخلال به إلاّ خطأ عقدياً؟

إن الالتزام بالسرية وإن كان مفروضاً على الوسيط بموجب نص قانونين إلاّ أنه لا يخرج في تقديرنا عن نطاق التزامات الوسيط العقدية، فالتزام الوسيط بالسرية يترتب في ذمته بمناسبة العقد أولاً، كما أنه يرتبط بتنفيذ هذا العقد ثانياً. فالوسيط إنما يحصل على ما يحصل عليه من معلومات تخص المستثمر بمناسبة إبرام العقد مع المستثمر وأثناء تنفيذه. ويترتب على هذا التحليل نتيجة قانونية مهمة هي أن هذا الالتزام يترتب في ذمة الوسيط في سوق الأوراق المالية وإن لم ينص عليه القانون أو لم يتم الاتفاق عليه صراحة بين المستثمر والوسيط إذ أن على هذا الأخير بموجب

---

[١٧٢] أنظر: المادة (١٩/ف٣) من قانون سوق بغدد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

[١٧٣] أنظر: المادة (١٩/ف١) من قانون سوق بغدد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

القواعد العامة أن ينفذ التزاماته العقدية بحسن نية[١٧٤]، وحسن النية يفرض عليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه الإضرار بالمستثمر. وهكذا فإن عليه أن يمتنع عن إفشاء أسرار المستثمر فهذه الأسرار تخص مركزه المالي الذي يحرص عادة على كتمانه، وأساس التزامه هذا هو مبدأ حسن النية.

ولما كان التزام الوسيط بعدم إفشاء أسرار المستثمر التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل فأنه – خلافاً لالتزاماته الأخرى – يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية. عليه يتحقق خطؤه العقدي بمجرد إفشاء سر من أسرار المستثمر، إذ تعد النتيجة المرجوة – وهي عدم الإفشاء – قد تخلفت في هذه الحالة.

ثانياً: الضرر

يعد الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بصورة عامة لا قيام لها بدونه. ولا تختلف مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر باعتبارها مسؤولية مدنية عن ذلك. إذ لا يكفي لقيامها تحقق خطأ الوسيط العقدي بل لابد فضلاً عن ذلك من أن يصيب المستثمر ضرر معين. وهذا الضرر لا يختلف في مفهومه عن مفهوم الضرر بشكل عام، فهو لا يخرج عن كونه "أذى يصيب حقاً للمستثمر أو مصلحة مشروعة له".

والضرر الذي يصيب المستثمر قد يكون ضرراً مادياً مثلما يمكن أن يكون ضرراً أدبياً. فالضرر المادي – باعتباره أذىً – يصيب المستثمر في ماله أو في عنصر من عناصر ذمته المالية[١٧٥]. ومثل هذا الضرر تتضح صورته في كثير من الحالات. من ذلك مثلاً أن يفوض المستثمر الوسيط بشراء أسهم معينة بسعر محدد فيقوم الوسيط بشرائها بسعر أعلى[١٧٦]. أو أن يفوضه ببيع أسهم يملكها بسعر معين فيبيعها الوسيط بسعر أقل. فالفرق بين السعرين في هاتين الحالتين يعد ضرراً مادياً. ذلك أن مخالفة الوسيط لتعليمات المستثمر الموكل تخلف نقصاً في عناصر

---

[١٧٤] أنظر: المادة (١٥٠/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٧٥] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، بغداد: شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، ١٩٩١، ص١٥٨.

[١٧٦] أنظر: Aaron Larson, Op.Cit

الذمة المالية للمستثمر. وكذلك الحال إذا كلف الوسيط ببيع أوراق مالية فقام ببيعها لشخص ظاهر الإعسار، فلم يستطع الوفاء بقيمتها للمستثمر. أو أن الوسيط قام بإفشاء أسرار شركة الاستثمار المالي التي وسطته بشراء أسهم معينة لها فسارعت شركة منافسة لها إلى شرائها وتفويت الصفقة عليها.

وبخلاف الضرر المادي فإن الضرر الأدبي لا يصيب الذمة المالية، بل يصيب حقاً من الحقوق غير المالية التي لا تعد عناصر في الذمة المالية ولا يمكن تقييمها بالنقود[١٧٧]. كالحق في الحرية أو الشرف أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو الاعتبار المالي[١٧٨]. والضرر الأدبي بهذا المفهوم من المتصور أن يصيب المستثمر يستوي في ذلك أن يكون "المستثمر شخصاً طبيعياً أو أن يكون شخصاً معنوياً كإحدى شركات الاستثمار المالي". فإفشاء أسرار المستثمر الذي يبيع كل ما لديه من أوراق مالية قد يسبب له ضرراً أدبياً يمس مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي إذ يشيع بين الناس خبر عسره المالية. ولعل مثل هذا الضرر يبدو واضحاً إذا كان المستثمر تاجراً أو شركة تجارية كإحدى شركات الاستثمار المالي، ففي الميدان التجاري تحظى السمعة والاعتبار التجاريان بأهمية كبيرة. إذ أن التجارة تقوم على الثقة والائتمان اللذين تعززهما السمعة التجارية. لذا فإن المساس بهذه السمعة باعتباره ضرراً أدبياً قد يرافقه أو ينتج عنه ضرر مادي كأن يطلب المستثمر في المثال أعلاه ائتماناً تجارياً معيناً ويرفض طلبه بسبب خسائره في سوق الأوراق المالية التي أفشى أمرها الوسيط الذي تعاقد معه.

ومع ذلك فأن التعويض لا يشمل جميع ما يصيب المستثمر من أضرار، بل يقتصر على أضرار معينة نبحثها عند الكلام عن أثر قيام المسؤولية.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إذا تحقق خطأ الوسيط العقدي وأصيب المستثمر في الوقت ذاته بضرر ما فأن ذلك لا يعني قيام مسؤولية الوسيط تجاهه حتماً، إذ يتطلب الأمر توافر الركن

---

[١٧٧] أنظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢١٥.

[١٧٨] أنظر: المادة (٢٠٥/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

الثالث من أركان المسؤولية المدنية، وهو العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر. فهذا الضرر ينبغي أن يكون نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ الذي ارتكبه الوسيط. بناءً على ذلك لا توم مسؤولية الوسيط عن الأضرار غير المباشرة لانقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وانتفاء أحد أركان المسؤولية تبعاً لذلك[١٧٩]. والعلاقة السببية في هذه الحالة تنتفي بطريق مباشر، ويمكن للوسيط أن ينفيها – ليتخلص من المسؤولية – بطريق غير مباشر. ويتحقق ذلك بإثبات وجود سبب أجنبي دفع الوسيط إلى الإخلال بتنفيذ التزامه فلحق المستثمر ضرر، أو بإثبات أن الضرر نشأ عن السبب الأجنبي مباشرة. وهذه الأحكام لا تعدو كونها تطبيقاً للقواعد العامة[١٨٠].

ويتخذ السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤولية الوسيط المدنية صوراً ثلاثاً هي ذات الصور التي تحددها القواعد العامة[١٨١]. إذ يجد السبب الأجنبي بصيغة الثلاث تطبيقاً له في ميدان مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر.

فالسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة كانت السبب وراء عدم قيام الوسيط بتنفيذ التزامه العقدي. كما لو اتفق المستثمر مع الوسيط على شراء أسهم شركة معينة فلا يشتريها بسبب تأميم هذه الشركة. إذ يعد تأميم الشركة قوة قاهرة تتوافر فيه شروطها فهو حادث لا يمكن توقعه ومن المستحيل دفعه، ولا دخل لإرادة الوسيط في وقوعه[١٨٢].

---

[١٧٩] أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢١٤.

[١٨٠] أنظر: المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٨١] أنظر: المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٨٢] أنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٥٦، سنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/١/١١/ س٢٨، ص٢١١، والطعن رقم ١٨٢ سنة ٣٤ق، جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦، س١٩، ص١٥٦٥ وفيهما تذهب المحكمة إلى أن: "التأميم يعتبر سبباً أجنبياً يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام". القرار منشور في د. أحمد حسني، مصدر سابق، ص١٥٧.

وقد يكون الضرر الذي أصاب المستثمر ناشئاً عن فعل الغير. فيعد فعل الغير سبباً أجنبياً يقطع العلاقة السببية وينفي مسؤولية الوسيط، ولا يقصد بالغير هنا أي شخص سوى الوسيط، بل يتحدد مفهومه بمن كان أجنبياً عن الوسيط فلا يكون ممن يستخدمه الوسيط في تنفيذ التزامه، كوكيل الوسيط[١٨٣]. فهذا الأخير يسأل الوسيط عن أفعاله كما لو كانت قد صدرت منه هو ويبقى بهذه الصورة مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه المستثمر[١٨٤].

بناءاً على ذلك يعد من الغير وسيط آخر لا تربطه أية علاقة مع الوسيط المدعى عليه بالمسؤولية. فلو أن هذا الوسيط الآخر قدم للوسيط المدعى عليه معلومات كاذبة عن الشركة التي يريد أن يبيعه أسهمها، أو قدم له شهادات مزورة وهي بطبيعة الحال مسؤولية تقصيرية. إذ يكون فعله في هذه الحالة سبباً أجنبياً، ومع ذلك فإن انتفاء مسؤولية الوسيط الذي تعاقد مع المستثمر في هذه الحالة يكون رهناً بعدم صدور خطأ من جانبه، أو بإثباته أن خطأ الغير يستغرق خطأه، بأن يثبت عدم وجود علاقة سببية بين خطئه هو وبين الضرر الذي أصاب المستثمر كما لو أنه لم يقم بالتأكد من الوثائق التي قدمها الوسيط الآخر بما ينبغي من العناية، وتبين أن ما قدمه الوسيط الآخر من وثائق كان مزوراً تزويراً متقناً بحيث لا يمكن اكتشافه ولو بذل الوسيط المدعى عليه عناية الرجل المعتاد في فحص هذه الوثائق.

وعلى النقيض من ذلك لا تنتفي مسؤولية الوسيط المدعى عليه وإن كان هناك فعل ينسب إلى الغير تدخل في إحداث الضرر إذا ساهم خطأ الوسيط أيضاً في إحداث هذا الضرر. ففي هذا الفرض يكون للضرر الذي أصاب المستثمر سببان ويكون الوسيط والغير مسؤولين بالتضامن تجاه المستثمر وتوزع المسؤولية بينهما

---

[١٨٣] يجيز القانون الوسيط أن يعين وكيلاً عنه لتمثيله في السوق، وينص صراحة على أن الوسيط يكون مسؤولاً عما يأتيه الوكيل من تصرفات، أنظر: المادة (١٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

[١٨٤] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، مصدر سابق، ص١٠٤.

فيسأل كل منهما عن جزء من التعويض يتناسب وجسامة خطئه[١٨٥]. فمثلاً يعد كل منهما مخطئاً ويتم توزيع المسؤولية إذا قدم الغير إلى الوسيط وثائق مزورة تثبت ملكية الأوراق المالية غير أن تزويرها ليس متقناً جداً يحث كان بإمكان الوسيط كشفه لو أنه بذل في فحصها عناية الوسيط المعتاد.

هذا ويمكن أن يكون السبب الأجنبي في إطار نفي مسؤولية الوسيط متمثلاً بخطأ المستثمر المتضرر نفسه. فهذا الخطأ ينفي مسؤولية الوسيط إذا كان هو السبب الوحيد للضرر، فلم ينسب إلى الوسيط أي خطأ أو لم تثبت علاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر. فالوسيط لا يسأل مثلاً عن الضرر الناجم عن إفشاء أسرار موكله المستثمر إذا كان هذا الأخير هو من قام بإفشائها. كما تنتفي مسؤولية الوسيط وإن نسب إليه خطأ إذا كان خطأ المستثمر عمدياً أو أن خطأ الوسيط لم يكن إلاّ نتيجة لخطأ المستثمر. كما لو أن المستثمر أدلى للوسيط ببيانات كاذبة عن الأوراق المالية التي يريد بيعها أو عن الجهة المصدرة لها فتصرف الوسيط بناء على هذه البيانات.

وكما هو الحال في فعل الغير فأن خطأ المتضرر لا ينفي مسؤولية الوسيط متى ساهم خطأ الوسيط أيضاً في إحداث الضرر وثبتت علاقة السببية بين خطأ كل منهما وبين الضرر. فيكون الخطأ في هذه الحالة خطأ مشتركاً وتوزع المسؤولية بينهما بحسب جسامة الخطأ الصادر من كل منهما[١٨٦].

وإذا كان السبب الأجنبي بصيغه الثلاث ينفي مسؤولية الوسيط بالنظر لأثره في قطع العلاقة السببية وهدم ركن من أركان المسؤولية تبعاً لذلك، فأن إعمال مثل هذا الأثر يتطلب إثبات وجود السبب الأجنبي. ويقع عبء هذا الإثبات على عاتق الوسيط لأنه من يدعي وجود السبب الأجنبي فعليه إثباته، إذ أن البيئة – كما هو معروف – على المدعي.

---

[١٨٥] أنظر: المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٨٦] أنظر: المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

فإذا لم يفلح الوسيط في إثبات السبب الأجنبي وتحققت العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر، فأن هذا معناه تكامل أركان مسؤولية الوسيط وقيامها تجاه المستثمر وترتب حكمها أثراً لذلك وعلى النحو الآتي.

المطلب الثاني

آثار قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر

يترتب على توافر أركان مسؤولية الوسيط الثلاثة – على النحو السابق بيانه – قيام هذه المسؤولية. ويترتب تبعاً لذلك حكمها والمتمثل بإلزام الوسيط بتعويض المستثمر. بيد أن هذا الحكم يتطلب ابتداءً إثبات توافر أركان المسؤولية، ويقع عبء الإثبات – وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة – على المستثمر، إذ أن الأخير هو من يدعي قيام مسؤولية الوسيط لذا يتعين عليه إثباتها فالقاعدة تقضي بأن البينة على المدعي[١٨٧]. فإذا أفلح في إثبات توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولم يتمكن الوسيط من نفي مسؤوليته بإثبات وجود سبب أجنبي أو ينفي خطئه فيما يكون من التزاماته التزاماً ببذل عناية فأن الوسيط يكون ملزماً بتعويض ما أصاب المستثمر من ضرر.

والغالب في التعويض أن يكون قضائياً تتولى المحكمة أمر تقديره. والأصل أن التعويض ينبغي أن يتناسب في مقداره مع مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر، إذ أن التعويض ما هو إلاّ وسيلة لجبر الضرر ومحو آثاره. إلاّ أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فمسؤولية الوسيط تجاه المستثمر مسؤولية عقدية، وكأي مسؤولية عقدية أخرى يقتصر التعويض على جزء من الضرر فقط يتمثل بالضرر المباشر المادي المتوقع. فهذا ما تقضي به القواعد العامة ممثلة بالمادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي.

وهكذا فأن الوسيط لا يلزم إلاّ بتعويض الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه، وهو ما يعرف بالضرر المباشر. كأن يخالف الوسيط تعليمات المستثمر الذي أوكله ببيع أسهم معينة بسعر معين فباعها بسعر أقل، فالفرق بين السعرين – الذي حدده المستثمر والذي باع به الوسيط – يمثل ضرراً مباشراً ونتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الوسيط لالتزامه وليس بإمكان المستثمر أن

---

[١٨٧] أنظر: المادة (٧/ف١) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.

يتجنب هذا الضرر ببذل جهد معقول، إذ أن التعامل في سوق الأوراق المالية حصر على الوسطاء المجازين فقط.

كما ينبغي في الضرر – لكي يلزم الوسيط بتعويضه – من جانب ثان أن يكون متوقعاً بأن يكون بإمكان الوسيط – وفقاً لمعيار الشخص المعتاد – أن يتنبأ بحدوث الضرر ومقداره وقت إبرام العقد. وعلى هذا يكون الوسيط مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يترتب على تأخره في بيع أوراق مالية وسطه المستثمر بيعها أو شراء أوراق مالية وسطه المستثمر بشرائها، إذا انخفضت أسعار تلك الأوراق في الحالة الأولى أو ارتفعت في الحالة الثانية. إذ يعد تقلب الأسعار في أسواق الأوراق المالية صعوداً وهبوطاً أمراً متوقعاً ولا يسأل الوسيط – طالما أن مسؤوليته عقدية – عن الضرر غير المتوقع عند إبرام العقد. إلاّ أن هذا الحكم ليس مطلقا فمتى ما ارتكب الوسيط غشاً أو خطأً جسيماً فأنه يسأل حينها عن تعويض الضرر المباشر كله متوقعاً وغير متوقع[١٨٨]. كما لو قام الوسيط المكلف بالبيع دون أن يحدد له المستثمر سعراً معيناً بالتواطؤ مع وسيط خر مكلف بالشراء لبيعها له بغير طريق المزاد العلني الذي يفرضه المشرع[١٨٩] مقابل عمولة معينة.

وإذا كان من المحتمل أن يكون الضرر الذي يصيب المستثمر أدبياً مثلما يمكن أن يكون مادياً، فأن هذا الأخير وحده هو الذي يسأل الوسيط عن تعويضه ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي وفقاً للقانون العراقي وعلى الرأي الراجح[١٩٠] قاصر على المسؤولية التقصيرية[١٩١]. إلاّ أن هذا الحكم لا يتناسب حسب تقديرنا مع خصوصية مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر وخصوصية الضرر الذي يلحق بهذا

---

[١٨٨] أنظر: المادة (١٦٩/ف٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٨٩] أنظر: المادة (٢٢) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

[١٩٠] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، مصدر سابق، ص٢٣٣.

[١٩١] وهذا الموقف هو خلاف موقف معظم قوانين البلاد العربية التي تنطوي على نص صريح بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية كما في المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.

الأخير. وما قيل من مبررات لتسويغ هذا الحكم في إطار المسؤولية العقدية لا بالتعويض عن الضرر الأدبي. ولعل من أهم تلك المبررات أن الضرر الأدبي نادر الوقوع في إطار العقد وإذا وقع فهو أقل أهمية من الضرر المادي[١٩٢]. فمثل هذا الأمر لا يصدق تماماً على الضرر الذي يصيب المستثمر، فالمستثمر قد يكون تاجراً وفي هذا الفرض يكون للسمعة والاعتبار التجاريين أهمية كبيرة بالنسبة له. وبالتالي فأن أي مساس بهما وإن لم يترتب عليه ضرر مادي يعد ضرراً لا يستهان به، وقد يكون أكثر أهمية من أي ضرر مادي يلحق المستثمر في الحال، بل أن المساس بهما قد يسبب ضرراً مادياً في المستقبل على النحو السابق بيانه. ويعد هذا في تقديرنا مبرراً لخص مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر بحكم يعطي المستثمر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي فمثل هذا الحكم يكون مدعاة لحمل الوسيط على بذل عناية أكبر في تنفيذه لالتزامه بما يجنب المستثمر مثل هذا الضرر[١٩٣].

والقضاء إذ يقدر التعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المستثمر – وهو الضرر الذي يمكن تعويضه وفقاً للقانون العراقي – يأخذ بنظر الاعتبار عنصرين هما ما لحق المستثمر من خسارة وما فاته من كسب. وهذا الحكم بدوره لا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة[١٩٤].

والأصل في التعويض القضائي أن يكون نقدياً. وهكذا تقدر المحكمة التعويض الذي يستحقه المستثمر بعنصريه آنفي الذكر بالنقد. ومع ذلك فأن جبر الضرر قد يتحقق دون إلزام الوسيط بأداء تعويض نقدي، فيكون التعويض في هذه

---

[١٩٢] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، مصدر سابق، ص٢٣٣.

[١٩٣] تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع العراقي يقر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي في إطار العقود التجارية، رغبة منه في حث المتعاقد على بذل قدر أكبر من الحيطة والحذر. كما هو الحال في إطار عقد النقل، إذ يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب الراكب مادياً كان هذا الضرر أو أدبياً. أنظر المادة (١٠/ف١) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ النافذ.

[١٩٤] أنظر: المادة (١٦٩/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

الحالة غير نقدي أو كما يسميه بعض من الفقه[١٩٥] تعويضاً عينياً. ويأخذ هذا الأخير صوراً عدة أبرزها إعادة الحال إلى مات كان عليه قبل صدور الخطأ من الوسيط المدين. فإذا قام الوسيط المكلف بالشراء بسعر محدد بمخالفة تعليمات المستثمر واشترى بسعر أعلى فإنه يعد تعويضاً عينياً أن يتحمل الوسيط فرق السعر. فيعاد المستثمر إلى الحالة التي كان سيكون عليها لو لم يخالف الوسيط التعليمات. وفي ذات السياق إذا منح الوسيط المكلف ببيع أوراق مالية بثمن معجل اجلا للوفاء بالثمن الوسيط أو وافق على تقسيطه فإنه يكون كافياً وبمثابة تعويض للمستثمر أن يلزم الوسيط بأداء الثمن إلى المستثمر فوراً أو جملة واحدة دون تقسيط.

وبديهي أن التعويض العيني هذا – باعتباره خلافاً للأصل – لا يكون إلا بناء على طلب من المستثمر المتضرر. فإذا طلبه فإن المحكمة غير ملزمة بالإجابة لهذا الطلب. بل تقدر الأمر وفقاً للظروف وبما تراه أجدى للمستثمر وأقل ضرراً بالوسيط المسؤول. كما أن التعويض العيني ينبغي فيه من جانب ثان أن يكون ممكناً فإن التعويض حينها يكون نقدياً. كما لو أن الوسيط أفشى سراً يتعلق بالمعاملات الخاصة بالمستثمر.

وإذا كان التعويض القضائي يقدر بعد وقوع الضرر وبثبوت مسؤولية الوسيط، فإن بإمكان الوسيط والمستثمر أن يتفقا مقدماً على تحديد قيمة التعويض وإدراجها في العقد المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق لإبرام العقد وسابق على وقوع الضرر. فيكون التعويض في هذا الفرض تعويضاً اتفاقياً وهو ما يطلق عليه أيضاً بالشرط الجزائي، وفي هذه الحالة تكون سلطة القاضي في التحكم بمقدار التعويض محدودة. إذ لا يملك أن يعدل من مقدار هذا التعويض متى كان قريباً من مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر وإن لم يكن مساوياً له. إلا أن له الحق في التدخل لتعديل مقدار التعويض المتفق عليه بين الوسيط والمستثمر متى تبين له أنه يفوق كثيراً مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر، أو أن الوسيط قد نفذ جزءاً من التزاماته تجاه

---

[١٩٥] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، مصدر سابق، ص٢٧٨.

المستثمر. وقد يبلغ الأمر حد إعفاء الوسيط من هذا التعويض إذا أثبت أن المستثمر لم يلحقه أي ضرر، إذ لا يكون للتعويض – وإن كان اتفاقياً – أي مبرر في هذه الحالة. بخلاف ما إذا تبين أن الضرر الذي لحق المستثمر يفوق في مقداره قيمة التعويض الاتفاقي. إذ ليس للمستثمر هنا أن يطالب بأكثر من التعويض المتفق عليه. ويبرر الفقه[١٩٦] هذا الحكم بأنه من الجائز في إطار المسؤولية العقدية الاتفاق على أن يكون مقدار التعويض أقل من مقدار الضرر. فهذا الاتفاق ليس إلا صورة من صور الاتفاق على التخفيف من المسؤولية وهو ما يجيزه المشرع متى كانت المسؤولية عقدية[١٩٧]. بيد أن مثل هذا الاتفاق لا يكون صحيحاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم، لذا فأن المستثمر أن يطالب بزيادة التعويض إذا كان يقل عن الضرر وكان الوسيط قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. وهذه الأحكام ليست قاصرة في الواقع على مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر أو خاصة بها. إذ أنها لا تعدو كونها تطبيقاً للقواعد العامة في الشرط الجزائي[١٩٨].

الخاتمة

تعد مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر والناشئة عن إخلاله بالتزاماته في إطار التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية جانباً مهماً من جوانب الحماية القانونية التي يحظى بها المستثمر. وتعد مثل هذه الحماية القانونية بكل جوانبها ضرورة أساسية لا غنى عنها لإدامة وتشجيع التعامل في إطار أسواق الأوراق المالية. فهذا التعامل ليس كسواه إذ أنه – خلافاً لصيغ التعامل الأخرى – لا يمكن أن يتم إلا بتدخل وسيط مجاز. الأمر الذي يتطلب وبالضرورة تنظيم المركز القانوني للوسيط بالشكل الذي يحمي حقوق المستثمر الملزم بالتعامل مع الوسيط. وإذا كان المشرع قد تولى مثل هذا التنظيم في إطار قانون خاص هو قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١، فأن التنظيم القانوني لمسؤولية الوسيط تجاه

---

[١٩٦] أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، مصدر سابق، ص٢٧٨.

[١٩٧] أنظر: المادة (٢٥٩/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

[١٩٨] أنظر: المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٩ النافذ.

المستثمر – حسبما انتهى إليه هذا البحث – يعد قاصراً. ولعل أهم ما يرد من ملاحظات ومقترحات بهذا الشأن ما يأتي:

أولاً: إن تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين الوسيط والمستثمر وبيان تكييفها يعد أساً لتحديد الأحكام التي تخضع لها مسؤولية الوسيط. وإذا كانت العلاقة بين الوسيط والمستثمر – ولا خلاف في هذا – عقدية فإن المشرع لم يحدد على وجه الدقة طبيعة العقد المبرم بينهما. الأمر الذي أثار وما يزال يثير خلافاً في الفقه بشأن طبيعة هذا العقد وبشأن الالتزامات التي تترتب على عاتق الوسيط تبعاً لذلك. فمن قائل بأن الوسيط دلال يلتزم بالتزامات الدلال إلى آخر يذهب إلى أن الوسيط وكيل يلتزم بالتزامات الوكيل. وبديهي أن مثل هذا الخلاف ينعكس على أحكام المسؤولية، فهذه الأخيرة إنما تقوم على الإخلال بالالتزام، لذا فإن الحكم بقيامها يقتضي تحديد الالتزامات المترتبة على عاتق الوسيط تحديداً دقيقاً ببيان طبيعة العقد المبرم بينه وبين المستثمر بشكل صريح.

ثانياً: خلافاً لما يذهب إليه الفقه يرجح البحث أن يكون الوسيط دلالاً ووكيلاً في الوقت نفسه. وهذا التصور يجد سنده في الواقع العملي وفي نصوص القانون وإن لم تكن صريحة بهذا الخصوص. وفي كل الأحوال فأن العقد المبرم بين الوسيط والمستثمر – حتى وإن كان يجمع بين الدلالة والوكالة – هو عقد ذو طبيعة خاصة. ويستمد خصوصيته هذه من خصوصية التعامل في الأوراق المالية الذي أبرم العقد المذكور من أجله. عليه فإنه لا يخضع لأحكام عقدي الدلالة والوكالة كما تنظمها القواعد العامة. بل أنه يخضع إلى تلك الأحكام بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع ما يخضع له من أحكام خاصة تنظمها القوانين الخاصة.

ثالثاً: تخضع مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر من حيث قيامها وآثار قيامها إلى الأحكام المقررة في القواعد العامة. فقيامها يتطلب خطأ عقدياً وضرراً وعلاقة سببية. وحكمها لا يعدو كونه تعويضاً يلتزم به الوسيط تجاه المستثمر. وإذا كانت هذه القواعد العامة هي قوام المسؤولية العقدية أياً كان ميدانها، فأن خصوصية بعض العقود تفرض وجود قواعد خاصة تضيق أو توسع من نطاق المسؤولية عنها في القواعد العامة. فتطبيق القواعد العامة بشأن مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر يمنع

هذا الأخير من المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه. فتلك القواعد في القانون العراقي تجعل التعويض في إطار المسؤولية العقدية قاصراً على الضرر المادي دون الضرر الأدبي. ويعد مثل هذا الحكم مجافياً للعدالة. فالمستثمر في الغالب تاجر والتجارة تقوم على السمعة والاعتبار التجاريين، والضرر الذي يمسها – وإن كان ضرراً أدبياً – ضرر لا يستهان به ولا يمكن التجاوز عن تعويضه. وهذا ما يتطلب في هذا الجانب توسيعاً في نطاق مسؤولية الوسيط لتشمل مسؤوليته عن الضرر الأدبي أيضاً.

المصادر

أولاً: باللغة العربية:

أ- الكتب:

١- د. جابر جاد عبد الرحمن، الاقتصاد التجاري ودراسة الأسواق والبضائع في العراق، بغداد: مطبعة التفيض،، ١٩٤٧ – ١٩٤٨.

٢- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ (الضرر)، بغداد: شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، ١٩٩١.

٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢ (الخطأ)، بغداد: مطبعة العزة، ٢٠٠١.

٤- رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢.

٥- د. سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦.

٦- د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج١، ط٣، بغداد، ١٩٥٣.

٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤.

٨- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ (مصادر الالتزام)، الموصل: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠.

٩- د. علي جمال الدين عوض و د. محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.

١٠- د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج١، ط١، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤٧.

١١- محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، ج١، ط٣، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٣.

١٢- د. محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، ط٢، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ١٩٨٥.

١٣- د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٢.

١٤- مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج١، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.

١٥- د. مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، الإسكندرية، مطابع رمسيس، بدون سنة طبع.

١٦- د. يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

ب- البحوث والمقالات:

١- د. أحمد رفعت خفاجي، تفسير الخطأ المهني الجسيم، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٨ – ١٩٥٩.

٢- حسن العالي، البيان تعيد فتح ملف سوق الأسهم المحلية، مقال منشور في جريدة البيان الصادرة يوم ١٩٩٨/٨/٢١، متاح على شبكة الانترنيت على الموقع:

http://www.albayan.co.ae/albayan/1898/08/21/eqt/7.htm

٣- د. صادق محمد البسام، بعض جوانب التنظيم المحاسبي لسوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣.

٤- د. طعمة الشمري، أحكام تداول الأوراق المالية في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣.

٥- د. يعقوب يوسف صرخوه، القيود الواردة على تداول الأسهم وأزمة سوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣.

ج- الرسائل:

١- فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣.

د- مجموعات الأحكام:

١- أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٢.

هـ- القوانين والأنظمة:

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.

٤- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ النافذ.

٥- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ.

٦- قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

٧- قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

٨- قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ.

٩- النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية المنشور في الوقائع العراقية العدد (٣٦٥٢) في ١٩٩٧/١/١٣.

١٠- نظام شركات الاستثمار المالي رقم ٥ لسنة ١٩٩٨.

ثانياً: باللغة الإنكليزية

I:- Papers, articles & researchs:

1- Aaron Larson, Fraud and Misconduct by Stock brokers & financial planners, Expertlaw, July, 2004, available at: http://www.expertlaw.com/Librarv/pubarticles/consumer-protection/financial-planners.html

2- Arun Jethmalani, Buying Stocks? Ask yourself why, the economic times online, August 19, ,2004, available at: http://www.economictimes.indiatimes.com/article show/821212.cms

3- Arun Jethmalani, The Long and short of investing on the bourses, Economic Times online, January 19, 1997, available at: http://www.valuenotes.com/et97/jan19.asp?writer=& Artcd=3

4- The right broker, a paper available at: http://www.citibank .com/lndia/readycash

ll- Documonts:

1- Austrac (Australian Transaction Reports & Analysis Centre) Guideline No.4, Merchant Bankers & stock Brokers Suspect transaction Reporting. Available at: http://www.austrac.gov.au/text/guidelines/guidelines/guid/94.html